٤٥ - من منشورات المجلس العلمي

المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الامام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتقديمه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الخامس عشر

إدارة القرآن　　　المجلس العلمي

الفصل الرابع
فى بيان من يكون وكيلا ومن يصلح لذلك
ومن لا يكون وكيلا ومن لا يصلح لذلك

١٥٩٦٥- إذا وكل صاحب الدين المديون أن يبرئ نفسه عن الدين، ففعل كان صحيحًا، وإنه مشكل؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره، وهو عامل لنفسه، والجواب: المديون فى الابتداء عامل لنفسه من وجه حيث إنه يفرغ ذمته، وعامل لرب الدين من حيث إنه يسقط دينه عن نفسه، فيصلح وكيلا من حيث إنه يعمل لرب المال إن كان لا يصلح وكيلا من حيث إنه يعمل لنفسه، وقد ورد الشرع بهذا، فإن الشرع جوّز تخير المخيّرة فى باب الطلاق، والمخيّرة فى باب الطلاق عاملة لنفسها من وجه، ولزوجها من وجه.

وكذلك إذا قال رب الدين للمديون: حلل نفسك، هب الدين من نفسك؛ لأن هذه الألفاظ ألفاظ الإبراء، فصار الجواب فى الكل واحدًا.

وكذلك إذا قال الغريم لرب الدين: أبرأنى مما حللنى منه، هبه لى، فقال رب الدين: ذلك إليك، ففعله المديون صح؛ لأن قوله ذلك إشارة إلى ما طلبه، وقوله: إليك تفويض، فقد فوّض إليه، أبرأنى، فقال رب الدين: أبرئ أنت نفسك يراد به فى عرفنا أبرئ أنت نفسك بأن تؤدى.

١٥٩٦٦- رجل له على رجل ألف درهم، وبها كفيل، فوكل صاحب المال أحدهما، إما الأصيل أو الكفيل، أن يبرأ صاحبه، أو يحلل صاحبه من المال، ففعل الوكيل ما أمر به، فذلك جائز. أما إذا وكل الأصيل بإبراء الكفيل؛ لأنه وكل بإبراء غيره عن الدين لا بإبراء نفسه؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، والتوكيل بإبراء الغير جائز. وأما إذا وكل الكفيل بإبراء الأصيل فلأنه وكل بإبراء نفسه تبعًا لغيره، وهو إبراء الأصيل، ولو وكله بإبراء ما عليه مقصوداً يجوز، فهذا أولى، هذه الجملة من

"الجامع".

١٥٩٦٧- وفي حوالة "الأصل" : المحيل لا يصلح وكيلا عن المحتال له بقبض الدين عن المحتال عليه. أما على قول من يقول : بأن الحوالة لنقل المطالبة لا لنقل الدين، فلأن الدين باقٍ في ذمة المحيل، فهو بهذا القبض يفرّغ ذمته عن الدين، فكان عاملا لنفسه، فلا يصلح وكيلا. وأما على قول من يقول : بأن الحوالة لنقل الدين فلأن المحيل برئ عن الدين، ولكن براءة موقتة، وبالقبض من المحتال عليه، والدفع إلى المحتال له يستفيد براءة مؤبدة، فكان في هذا القبض عاملا لنفسه، فلا يصح وكيلا. فهذه[1] المسألة إشكال على مسألة أول هذا الفصل، ومسألة أول هذا الفصل إشكال على هذه المسألة.

١٥٩٦٨- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف : إذا كان بالمال كفيل، فوكله الطالب بقبضه من المطلوب، فقبضه لم يجز قبضه، فإن هلك عنده، فلا ضمان عليه؛ لأنه رسول، ولم يقبضه لنفسه.

١٥٩٦٩- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد : رجل باع عبد رجل بغير أمره، فقال صاحب العبد للمشتري : قد وكلتك بإجازة البيع لنفسك، فأجازه، لم يجز.

١٥٩٧٠- وفي "المنتقى" : رجل أمر عبده أن يبيع نفسه من رجل، ففعل، فهو جائز، وليس له قبض الثمن، والمولى هو الذي يلي القبض، قال ثمة : ألا يرى أن رجلا لو أمر عبده أن يبيع هذا الثوب من فلان، ففعل، ثم إن المولى باع عبده ذلك، لا سبيل للعبد على الثمن، وللمولى أن يقبضه.

١٥٩٧١- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف : إذا باع المضارب عبداً اشتراه بمال المضاربة من رجل، فوكل المشتري رب المال بقبضه لم يجز، وكذلك لو وكل المشتري شريك البائع بقبضه منه وهو مفاوضة، أو وكل شريك عنان، وهو من تجارتهما، قال ثمة : كل من كنت[2] أجيز بيعه في العبد لا يكون وكيلا لمشتريه في قبضه، ورب المال له أن يبيع عبداً في يد المضارب من المضاربة، فلا يصح وكيلا للمشتري في

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولكن في حاشية ظ : ففي هذه.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل : "كل من كتب أجير بيعه في العبد. . . إلخ"، وفي ف : "كل من كتب أخبر بيعه في العبد. . . إلخ، وفي م : "كل من كتب أجير بيعه في العبد. . . إلخ".

قبضه.

١٥٩٧٢- وفيه أيضًا: رجل اشترى من رجل عبدًا، ثم وكل عبد البائع بقبضه منه، جاز، ولو كان اشترى من عبد مأذون ووكل مولاه بقبضه منه لم يجز إلا أن يكون عليه دين، فيجوز توكيله بقبضه؛ لأن المولى[1] لا يقدر على بيع عبده المأذون إذا كان عليه دين، فإن أبرأه الغرماء من الدين بطلت وكالة المولى.

١٥٩٧٣- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: رجل فى يديه عبد مقر بالرق، ادعى هذا العبد أن فلانًا الغائب اشتراه من مولاه هذا بألف درهم، ونقده الثمن، لم يقبل ذلك منه، وإن أقام بينة أن المشترى وكله بالخصومة، قبلت ذلك منه، وجعلته خصمًا فيه، ولو قال العبد: كنت عبدًا لفلان، فباعنى منك بألف درهم، ووكلنى بقبض الثمن، وأقام البينة على ذلك، قبلت منه إلا أن لمولاه أن يمنعه من الخصومة، فإن لم يمنعه، فالوكالة جائزة، وله أن يقبض الثمن، ويبرئ المولى منه.

١٥٩٧٤- وفى "المنتقى": الحسن بن زياد عن أبى حنيفة: الرجل يكون وكيلا فى قبض ما على ابنه ومكاتبه إلا أنه لا يصدق على قبضه إلا ببينة، ولا يكون وكيلا فى قبض ما على مأذونه؛ لأنه يشترى عبده بقبض ذلك وإبراءه عبده، وما يخلص بإبراء العبد يحصل للمولى كإبراء نفسه، والمولى لا يصلح وكيلا بإبراء نفسه، فكذا ههنا، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب المأذون، وهذا التعليل يخالف رواية "الجامع" فيما إذا وكل رب الدين المديون بإبراء نفسه.

١٥٩٧٥- ويجوز للعبد المأذون أن يوكل مولاه بالخصومة مع الأجنبى، سواء كان العبد مدعيًا أو مدعى عليه، ولا يكون المولى وكيلا عن الأجنبى فى الخصومة مع مأذونه، سواء كان العبد مدعيًا أو مدعى عليه.

١٥٩٧٦- فى المأذون الكبير: وإذا وكل صبيًا محجورًا بأن يبيع عنده، أو وكله بأن يشترى له شراء، فباع شيئًا واشترى، جاز إذا كان يفعل ذلك، ولا عهدة على الصبى، وإنما العهدة على الآمر، هكذا ذكر محمد فى وكالة "الأصل"، وكذا لو وكل صبيًا بالخصومة جاز، بعد أن يكون الصبى بحيث يعقل ما يقول، وما يقال له، وهذه

---

(١) وفى م: "الموكل".

المسألة فى الحاصل على وجهين : إما أن يوكل صبيه أو صبى غيره ، فإن وكل صبيه جاز ، ولا يستأمر أحدًا ، وإن وكل صبى غيره ، إن كان مأذونًا فى التجارة ، لا يستأمر وليه ، وإن كان محجوراً يستأمر وليه ، فإن أذن له وليه جاز له أن يوكله ، وهذا لأن استعمال صبى الغير بغير إذن الولى لا يجوز ، وبإذنه يجوز .

قالوا : وهذه المسألة رواية أن للأب أن يعير ولده ، وقد اتفق عليه المشايخ ، وهل له أن يعير مال ولده؟ بعض المتأخرين قالوا : له ذلك ، وعامة المشايخ على أنه ليس له ذلك .

ثم إن محمداً جوّز بيع الصبى المحجور عليه ، وشراءه لغيره ، ولم يجوز بيعه وشراءه لنفسه ؛ لأن بيعه وشراءه لنفسه يتردد بين الضرر والنفع ، والصبى لم يؤهل للتصرفات الدائرة بين الضرر والنفع ، أما بيعه وشراءه لغيره على وجه لا يلزمه العهدة ، نفع محض ؛ لأن فيه تصحيح عبارة الصبى ، والصبى العاقل من أهل التصرفات النافعة المحضة ، كقبول الهبة وغير ذلك ، وإنما لا يلزم العهدة ؛ لأن فيه إضراراً للصغير .

هذا إذا كان الصبى محجوراً ، فإن كان مأذونًا له فى التجارة ، فإن كان وكيلا بالبيع بثمن حال ، أو بثمن مؤجل ، فباع جاز بيعه ، وأما إذا كان وكيلا بالشراء ، إن كان وكيلا بالشراء بثمن مؤجل ، لا يلزمه العهدة قياسًا واستحسانًا ، بل يكون العهدة على الآمر ، حتى إن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبى ، وذلك لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة ، وليس بضمان ثمن ؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن فى المشترى ، وضمان الثمن ههنا لا يفيد الملك للضامن فى المشترى ، إنما هذا يلزم مالا فى ذمته ليستوجب مثل ذلك على موكله ، وهذا هو معنى الكفالة ، والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن ، أما لا يلزمه ضمان الكفالة .

وأما إذا وكله بالشراء بثمن حال ، فالقياس أن لا يلزمه العهدة ، وفى الاستحسان : يلزمه ؛ لأن ما يلزمه ضمان ثمن ؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك فى المشترى ، وههنا الصبى بما يلتزم من الضمان يملك المشترى من حيث الحكم والاعتبار ، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل ، كما لو اشترى لنفسه ، ثم باع منه ، والصبى المأذون من أهل أن يلتزم ضمان الثمن ، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا ؛ لأنه بما يضمن

من الثمن لا يملك المشترى، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، فإنه لا يملك حبسه بذلك، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى.

والجواب فى العبد إذا وكل ببيع أو شراء على التفصيل الذى ذكرنا فى الصبى، إن كان العبد محجوراً، جاز بيعه وشراءه، ولا يلزمه العهدة، وإن كان مأذونًا، وكان وكيلا بالبيع، يلزمه العهدة على كل حال، وإن كان وكيلا بالشراء، إن وكله بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة قياسًا واستحسانًا، وإن وكله بثمن حال، يلزمه العهدة استحسانًا. والجواب فى المكاتب نظير الجواب فى العبد المأذون؛ لأن المكاتب يلتزم ضمان التجارة، ولا يلتزم ضمان الكفالة.

١٥٩٧٧- وفى "المنتقى": بشر عن أبى يوسف: رجل أمر عبدًا محجوراً عليه، أو صبيًا محجوراً عليه أن يشترى له متاعًا، فاشترى، فإن كان نقد الآمر الثمن جاز، وإن كان لم ينقد الثمن، وكان غائبًا، أو كان حاضراً، فقال: أنا أنقد المال، وقد رضيت بالشراء وأنا أمرته به، فالبائع بالخيار، إن شاء ألزمه البيع، وأخذه بالمال، وإن شاء قال: لا حاجة لى أن يكون المال عليك، إذا لم يكن على من اشتراه شيء.

١٥٩٧٨- وإذا وكل مجنونًا، إن كان لا يعقل البيع والشراء، لا يجوز، وإن كان يعقل البيع والشراء، بأن كان جنونه فى شيء آخر، فباعه صح التوكيل، وإذا باع جاز بيعه، إلا أنه لايلزمه العهدة، نص عليه فى وكالة "الأصل".

وذكر فى كتاب الرهن: العدل إذا جُنّ إلا أنه يعقل البيع والشراء، بأن كان جنونه فى شيء آخر فباعه لا يجوز بيعه، فمن المشايخ من قال: على قياس ما ذكر فى كتاب الوكالة: يجب أن يجوز بيع العدل، وإليه مال شمس الأئمة الحلوانى، ومن المشايخ من فرق، وإليه مال شيخ الإسلام؛ لأن التوكيل فى فصل العدل حصل وهو كامل الرأى، وفى مسألة الوكالة حصل مع نقصان رأيه.

١٥٩٧٩- وفى وكالة "المنتقى": بشر عن أبى يوسف وعيسى عن محمد: رجل أمر رجلا أن يشترى له عبدًا بألف درهم، فصار الوكيل معتوهًا، إلا أنه يعقل البيع والشراء والحفظ، فاشترى ما أمره به وهو معتوه، لم يجز شراءه على الآمر إلا بأمر جديد، قال فى رواية بشر: وليس هذا كأمره إياه وهو معتوه، فقد أشار إلى الفرق الذى

ذكره شيخ الإسلام، قال في رواية عيسى : وكذلك لو أذن له أبوه في التجارة، فصار معتوهًا لم يجز شراءه.

١٥٩٨٠- وإذا وكل الرجل صبيّا لا يعقل، أو وكل مجنونًا لا يعقل بالبيع، ثم أفاق، هل يصير وكيلا عن غير توكيل جديد؟ لم يذكر محمد هذه المسألة في كتاب الوكالة، وذكر في كتاب الرهن : إذا كان العدل صغيرًا أو كبيرًا لا يعقل، وسلط على البيع، ثم كبر وعقل وباع جاز. قال الفقيه أبو جعفر : ما ذكر في العدل يصير رواية في الوكيل بالبيع المفرد : أنه يصير وكيلا إذا أفاق، قال الفقيه هذا : وقد روى أنه لا يصير وكيلا إلا بتجديد الوكالة، فعلى ما ذكر الفقيه هذا تكون مسألة الوكيل بالبيع المفرد ومسألة العدل على روايتين.

وذكر شمس الأئمة السرخسي : أن ما ذكر في كتاب الرهن في مسألة العدل قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة : لا يجوز بيعه إذا أفاق، فعلى ما ذكره شمس الأئمة السرخسي مسألة الوكيل بالبيع المفرد يكون على الخلاف أيضًا.

١٥٩٨١- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف : إذا صار الوكيل بالشراء معتوهًا، إلا أن مثله يقبض ويحفظ، فقبض المشترى بعد ذلك، إن كان قبضه بغير أمر الآمر، فمات في يده، فللبائع على المعتوه الثمن في ماله، يرجع به على الآمر، والآمر على المعتوه؛ لأن المعتوه قد قبض ما اشترى، فوجب الثمن عليه للبائع، ووجب له على الآمر مثل ذلك، ولم يكن للمعتوه أن يقبض المشترى على الآمر بعد ما صار معتوهًا، إلا أن يأذن له الآمر إذنًا مستقبلا.

الفصل الخامس
فى بيان من يصح منه التوكيل ومن لا يصح

١٥٩٨٢- قال محمد فى "الأصل": وإذا وكل الصبى وكيلا يبيع له، أو يشترى، لا يجوز، وأراد به الصبى المحجور؛ لأنه لو باع لنفسه، أو اشترى لنفسه لا يجوز، فكذا لا يجوز توكيله به، أما الصبى المأذون لو باع لنفسه، أو اشترى لنفسه، يجوز فكذا يجوز توكيله به.

والمعتوه المطلوب إذا وكل رجلا يشترى له شيئًا، أو يبيع له شيئًا لا يجوز؛ لأن المعتوه فى حق التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع بمنزلة الصبى.

والمجنون الذى يجن ويفيق إذا كان وكل فى حال جنونه لا يصح؛ لأن المجنون عديم العقل، فكان أدنى حالا من الصبى، وإن وكل فى حال إفاقته يجوز. قالوا: هذا إذا كان لإفاقته وقت معلوم، حتى يعرف إفاقته من جنونه بيقين، فأما إذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم لا يجوز؛ لأن المجنون قد يفعل ما يفعله العقلاء، فإذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم لا يعرف زوال جنونه بيقين، فلا يحكم بزوال الحجر.

الفصل السادس
فى بيان ما يجوز من الوكالات وما لا يجوز

١٥٩٨٣- ولا يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وحد القذف فى حال غيبة الموكل عندنا؛ لأن الاستيفاء حال غيبته لا ينفك عن شبهة، أما القصاص فلأن من الجائز أن الموكل قد عفا، وأما حد القذف فلأن من الجائز أن الموكل قد مات، ولا استيفاء مع الشبهة فى الحدود والقصاص.

وأما الوكالة بإثبات الحدود والقصاص والخصومة فيهما، جائز عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يجوز، هذه الجملة من القدورى، والمراد من هذا الحد حد القذف وحد السرقة على وجه موجبه القطع، أما التوكيل بإثبات السرقة على وجه لا يكون موجبه القطع، جائز بالإجماع فى شرح وكالة "الأصل".

وفى بعض النسخ فى فصل التوكيل بإثبات حد السرقة: أن الموكل إن كان يبتغى المال، فالتوكيل صحيح بالاتفاق، وبعض أصحابنا قالوا: بأن هذا الخلاف فيما إذا كان الموكل غائبًا وقت خصومة الوكيل، أما إذا كان حاضراً جاز بلا خلاف؛ لأن كل كلام من الوكيل عند حضرة الموكل ينتقل إلى الموكل، إذا لم يكن فيه عهدة على المتكلم، كما فى النكاح.

وفى "المنتقى" الحسن عن زفر: ولا تجوز الوكالة فى شىء من الحدود والقصاص، لا للطالب ولا للمطلوب، رواه عن زفر، وبه أخذ الحسن. وفيه أيضًا: وقال أبو يوسف: وتقبل الوكالة فى القصاص والدم، وإذا ثبت الحق لم يكن للوكيل أن يستوفى حتى يجىء صاحب الحق، فيكون هو الذى يستوفى. وفى "شرح الأصل": التوكيل يدفع القصاص من جهة المطلوب على الخلاف الذى ذكرنا فى التوكيل بإثبات الحد والقصاص، ولكن إذا أقر الوكيل على موكله بالقصاص لا يستوفى القصاص عندهما.

ويجوز التوكيل بالبياعات والأشربة والإجارات والنكاح والطلاق والخلع

والصلح والإعارة والاستعارة والهبة والصدقة والإيداع وقبض الحقوق والخصومات، وتقاضى الديون، وكذا يجوز التوكيل بالرهن والارتهان.

١٥٩٨٤- ويجوز التوكيل بالإقراض، ولا يجوز بالاستقراض، وفرّق فى الاستقراض بين الرسالة وبين الوكالة حيث جوّز الرسالة فيه، وفى القرض سوّى بينهما، فيجوز الوكالة والرسالة فيه، والفرق بين الرسالة والوكالة فى الاستقراض أن الرسالة موضوعة لنقل العبارة، فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل، فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة، إن كان أمره بالتصرف فى ملك الغير باعتبار التملك، فإنه أمره بتملك مال الغير بالاستقراض والقبض، وإذا كانت الرسالة بالاستقراض أمرًا بالتصرف فيما هو حقه من وجه صح.

فأما الوكالة غير موضوعة لنقل عبارة الموكل، فإن العبارة للوكيل، ولهذا كان حقوق العقد راجعة إليه، فلا يمكن تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة من حيث إنه أمره بنقل عبارته التى هى ملكه، كما صححنا الرسالة؛ لأن الوكيل غير ناقل للعبارة. ولا نقول: إن التوكيل بالبيع صح من حيث إنه أمر بنقل عبارة الموكل التى هى ملك الموكل؛ لأن العبارة للوكيل فى جميع المواضع، وإنما صح لأن محل البيع ملك الموكل، فقد أمر الوكيل بإزالة المبيع عن ملكه، فصح التوكيل بالبيع باعتبار إزالة المبيع عن ملك الموكل، أما فى فصل الاستقراض التوكيل لم يصح من حيث إنه أمر ينقل العبارة؛ لأن العبارة للوكيل والمحل الذى أمره بالتصرف فيه ملك الغير، والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل، ولا نقول بأن التوكيل بالشراء صح من حيث إنه أمر بتملك المشترى؛ لأن المشترى ملك الغير، وإنما صح؛ لأنه أمر بإيجاب الثمن فى ذمة الموكل، وذمته ملكه، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه فى فصل الاستقراض، وإن كان البدل فى القرض إنما يجب دينًا فى الذمة بالقبض لا بعقد القرض، فلابد من تصحيح الأمر أولا بالقبض حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل فى الذمة، والأمر بالقبض لم يصح؛ لأن القبض يصادف ملك الغير، أما الثمن فى باب الشراء يجب فى الذمة بنفس الشراء، فبقوله: "اشتريت" كما يصير متصرفًا فى ملك البائع، يصير متصرفًا على الموكل بإيجاب الثمن دينًا فى

ذمته ؛ لأن إيجاب الثمن مع تملك[1] المشترى لا يفترقان .

فإن قيل : أليس أن التوكيل بقبض الهبة صحيح ، وإنه أمر بقبض مال الغير ؟ قلنا : التوكيل بقبض الهبة ما صح من حيث إنه أمر بقبض مال الغير ، وإنما صح من حيث إنه أمر بالتصرف فى عبارته ، فإنه أمره بأن يجعل عبارته موجبة للملك بالقبض بعد ما لم يكن موجبة ، وعبارته ملكه .

قياس مسألة الهبة من مسألتنا أن المستقرض لو وكل رجلا بقبضه ، وهناك يجوز التوكيل ، لا من حيث إنه أمره بقبض ملك الغير ، ولكن من حيث إنه أمره بالتصرف فى عبارته بأن يجعلها موجبة للملك بعد أن لم يكن ، فأما هنا بخلافه ، وإذا بطل التوكيل صار وجوده والعدم بمنزلة ، فيصير المأمور مستقرضًا لنفسه ، فكان ما استقرض من الدراهم له ، وله أن يمنعها عن الآمر ، ولا يصير ضامنًا للرهن .

١٥٩٨٥- وإذا دفع الرجل إلى رجل مائة درهم ، وأمره أن يقرض فلانًا ، ويأخذ منه بذلك رهنًا ، فهذا على وجهين : إما أن يجعله رسولا فى ذلك ، بأن قال له : اذهب إلى فلان ، وقل له : أن فلانًا أقرضك هذا المال على أن تعطيه بها رهنًا ، وأمرنى أن أقبض الرهن منك ، وفى هذا الوجه إذا بلغ الرسالة ، وأعطاه المائة ، وقبض الرهن كان للآمر أن يقبض الرهن من الرسول ؛ لأن الرسول ناقل عبارة المرسل ، فكأنّه أقرض بنفسه ، وارتهن بنفسه ، فإن هلك الرهن فى يد الرسول يهلك من مال الآمر ؛ لأن يد الرسول يد المرسل ، فكأنّه هلك فى يد المرسل .

الوجه الثانى : إذا جعله وكيلا [بأن قال له : وكلتك بأن تقرض أنت بهذه المائة فلانًا ، وتأخذ به رهنًا][2] ، وفى هذا الوجه إذا أقرض ، وأخذ الرهن لا يكون للموكل أن يأخذ الرهن من الوكيل ؛ لأن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه ، فيكون حقوق العقد له ، والحبس من حقوقه ، فيكون للوكيل . وإن هلك الرهن فى يد الوكيل هلك من مال الآمر ؛ لأن الوكيل عند هلاك الرهن صار مستوفيًا للدين حكمًا ، فيعتبر بما استوفى حقيقة ، ولو استوفى حقيقة وهلك فى يده ، كان الهلاك على الآمر ، ولم يكن على

---

(١) وفى م : "لأن إيجاب الثمن تبع لتملك المشترى" .

(٢) ما بين القوسين فى الأصل فقط لا فى غيره .

الوكيل ضمان، كذا ههنا.

١٥٩٨٦- وإذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا يساوى عشرة دراهم، وأمره أن يرهنه له بعشرة دراهم، يستقرضها له، فهذا على وجهين: الأول: إذا أخرج الآمر الكلام مخرج الرسالة بأن قال له: اذهب إلى فلان، وقل له: إن فلانًا يستقرض منك عشرة دراهم، ويرهن منك هذا الثوب، وإنه على وجهين: الأول: أن يخرج المأمور بعد ذلك الكلام مخرج الرسالة بأن أضاف القرض والرهن إلى الآمر، وقبض الدراهم، ودفع الرهن، وفى هذا الوجه يكون القرض للآمر، حتى كان له أن يأخذ الدراهم التى أخذها الرسول من المقرض، وتكون المطالبة بالدين للمقرض على المرسل لا على الرسول، وافتكاك الرهن يكون للمرسل لا للرسول، لما ذكرنا أن الرسول ناقل عبارة المرسل، فكأن الآمر رهن بنفسه، وأخذ الدراهم بيده، فإن هلكت الدراهم فى يد الرسول قبل أن يدفعها إلى الآمر هلكت من مال الآمر؛ لأن يد الرسول يد المرسل، فكأنه هلك فى يد المرسل.

الوجه الثانى: إذا أخرج الرسول الكلام مخرج الوكالة، بأن أضاف القرض والرهن إلى نفسه، فقال لذلك الرجل: أقرضنى عشرة دراهم، وارتهن هذا الثوب، ففعل الرجل، فإن الرسول يصير مستقرضًا لنفسه حتى لم يكن للآمر أن يأخذ الدراهم من يده؛ لأنه خالف أمر المرسل؛ لأن المرسل أمر الرسول بإضافة العقد إلى نفسه لما جعله رسولا، وهو ما أضاف العقد إلى المرسل إنما أضافه إلى نفسه، فيصير مستقرضًا لنفسه، ويصير ضامنًا للثوب؛ لأنه رهن ثوب المرسل بدين نفسه، فإن هلك الثوب فى يد المقرض، فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن الرسول، وإن شاء ضمن القابض، فإن ضمن الرسول، جاز الرهن، وسقط حق المقرض[1]؛ لأن الرسول بالضمان ملك الثوب، فصار راهنًا ملك نفسه برهن نفسه، وقد هلك الرهن، فيصير المقرض مستوفيًا دينًا بالهلاك، وإن ضمن المقرض يرجع المقرض على الرسول بدينه وبقيمة الثوب، أما الرجوع لأن الرهن لم يصح لما استحقه المرسل، فلم يصر المقرض مستوفيًا دينه من الرهن، فكان له أن يرجع بدينه، وأما الرجوع بقيمة الثوب؛ لأن هذا مرتهن ضمن قيمة

(١) وفى ف: "دين المقرض".

الرهن للمستحق، فيرجع بما ضمن على الراهن؛ لأنه فى القبض عامل له.

الوجه الثانى لأصل المسألة: إذا أخرج الآمر الكلام على سبيل الوكالة بأن قال له: وكلتك لتستقرض لى من فلان عشرة دراهم، وترهن هذا الثوب منه، وأنه على وجهين أيضًا، فإن أخرج الوكيل بعد ذلك الكلام مخرج الرسالة بأن قال لفلان: إن فلانًا أرسلنى إليك، ويستقرض منك كذا، ويرهن منك هذا الثوب بالعشرة، ففعل المقرض، فإن ما استقرض من الدراهم يكون للآمر حتى لا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه، ويكون رهنه جائزًا على الآمر حتى لا يصير ضامنًا للثوب بالدفع إلى المقرض، ويكون الافتكاك إلى الآمر، وهذا لأن العمل بحقيقة التوكيل بالاستقراض متعذر لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح، فجعلناه عبارة عن الرسالة، إذ الرسالة بالاستقراض صحيحة، وأمكن أن يجعل التوكيل بالاستقراض عبارة عن الرسالة؛ لأن الوكالة لو صحت بحقيقتها يتضمن بعض ما فى الرسالة، وهو النيابة عن الآمر فى حق الحكم إن لم يتضمن النيابة فى حق العبارة، فكان الآمر نص على الرسالة، وأخرج المأمور الكلام مخرج الرسالة أيضًا، وهناك الجواب على الوجه الذى قلنا، فههنا كذلك.

وإن أخرج المأمور الكلام مخرج الوكالة، بأن قال للمقرض: أقرضنى عشرة دراهم، وارتهن هذا الثوب منى بعشرة دراهم، فالعشرة للوكيل؛ لأن التوكيل بالاستقراض باطل، فصار وجوده والعدم بمنزلة.

١٥٩٨٧- وإذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا، وأمره أن يرهن له بدراهم قرضًا، وسمّى له الدراهم، فزاد المأمور على ما سمى، أو نقص، فهذا على وجهين: الأول: إذا أخرج الآمر الكلام مخرج الرسالة، بأن قال للمأمور: ايتِ فلانًا، وقل له: بأن فلانًا يقول لك: اقبض هذا الثوب رهنًا، وأعطِنى عشرة، وفى هذا الوجه إن أخرج المأمور الكلام مخرج الرسالة، وزاد على ما سماه الآمر، أو نقص عنه، صار مخالفًا، أما إذا زاد، فلأنه ألزم صاحب الثوب زيادة دين، وربما يتعذر عليه الفِكاك بسبب الزيادة، وأما إذا نقص فلأنه أزال يده عن الثوب بأقل مما رضى به المالك، فإن هلك الثوب فى يد المرتهن كان للمالك أن يضمن المأمور، وإن شاء ضمّن المرتهن، فإن ضمّن المأمور صح الرهن، وإن ضمن المرتهن، فالمرتهن يرجع بما ضمن من قيمة الرهن، وبدينه على

الرسول لما مر. وإن أخرج المأمور الكلام مخرج الوكالة فى هذا الوجه، وزاد أو نقص يصير مخالفًا، وضامنًا للثوب؛ لأنه لو أخرج الكلام مخرج الوكالة، ولم يزد على ما سماه الآمر، ولم ينقص صار مخالفًا، ووقع القرض له، فإذا زاد مع هذا، أو نقص أولى.

الوجه الثانى: إذا أخرج الآمر الكلام مخرج الوكالة، وزاد على ما سماه الموكل أو نقص، فما استقرض يكون للمأمور، لما ذكرنا، وهل يصير ضامنًا للثوب؟ لا شك أنه يضمن متى زاد على ما سماه الآمر، ويكون للآمر الخيار بين تضمين المأمور وبين تضمين المرتهن، فإن ضمن الوكيل ملك الوكيل الثوب بالضمان، وصار راهنًا ملك نفسه، فنفذ الرهن، ولا رجوع له على المرتهن بشىء. وإن ضمن المرتهن، يرجع بدينه، وبما ضمن من قيمة الثوب على الراهن.

وأما إذا نقص عما سمّى فهو على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون الدين مثل قيمة الثوب، الثانى أن يكون الدين أكثر من قيمة الثوب، وفى هذين الصورتين لا ضمان على الوكيل؛ لأن الوكيل صار مستعيرًا للثوب ليرهنه بدينه، ومن استعار ثوبًا ليرهنه بدينه عشرة مثلا، ورهن بثمانية، فإنه لا يضمن إذا كان الدين مثل قيمة الثوب أو أكثر، وإن خالف؛ لأنه خالف إلى خير؛ لأن جميع الثوب صار مضمونًا له على المستعير، متى هلك يحصل له جميع قيمة الثوب، وتيسر عليه الفكاك إذا قل الدين، وإذا كثر يتعسر عليه الفكاك. فأما إذا كان الدين أقل من قيمة الثوب، فإنه يضمن قيمة الثوب؛ لأن المستعير للمرتهن فى هذا الوجه يضمن قيمة الثوب؛ لأنه أخذه أن يرهن بعشرة ليحصل له جميع قيمة الثوب متى هلك فى يد المرتهن، والآن يصل إليه ثمانية، فكان مخالفًا إلى شر، فيصير ضامنًا.

فأما إذا أخرج المأمور الكلام مخرج الرسالة، فزاد على ما سماه، أو نقص عنه، يضمن على كل حال؛ لأن الوكالة صارت عبارة عن الرسالة كيلا يلغو التوكيل، فكأن الآمر نصّ على الرسالة، وهناك إذا زاد الرسول، أو نقص يصير ضامنًا، كذا ههنا.

فإن جاء الرسول بدراهم مثل ما سمى الموكل، فأعطاه إياه، فهى دين له عليه؛ لأن الرسول لما خالف صار مستقرضًا لنفسه، فإذا دفعها إلى المرسل صار مقرضًا له من

المرسل، ولا يصح رهن الثوب؛ لأنه يصير راهنًا ثوب الموكل بدين نفسه بغير إذن الموكل. وللمقرض أن يرجع على الرسول بما قبض منه؛ لأن الوكيل صار مستقرضًا لنفسه لما خالف، وإن كان المرتهن صدّق الرسول فى الرسالة بما سمّى له من الدراهم، وأنكر المرسل ذلك، فإن ما قبض الوكيل من الدراهم يكون أمانة عنده، حتى إذا هلكت الدراهم في يده لم يضمن؛ لأن المقرض لما صدق الرسول فى كونه رسولا بالقدر الذى سماه الرسول، فقد زعم أن ما قبضه الرسول مال المرسل، وأنه أمانة عنده؛ لأنه قبضه للمرسل، وأن المقبوض صار دينًا له على المرسل إلا أن المرسل لما أنكر رسالته بما سماه الرسول، وادعى أنه أرسله بدون ذلك، فقد منع حقه وظلمه، ومن صار مظلومًا من جهة إنسان، ليس له أن يظلم غيره. فإن قال الرسول: قد دفعتها إلى المرسل لم يضمن، ولا يصدّق على رب الثوب؛ لأن الرسول أمين فى زعم المقرض، والأمين مصدق فى حق براءة نفسه عن الضمان، غير مصدق فى حق إيجاب الضمان على الغير.

فإن قال الرسول: إنما أمرتنى أن أرهنه لك بخمسة عشر، وقال رب الثوب: بل أمرتك بعشرة، أو قالا على العكس، فالقول قول المرسل وهو صاحب الثوب مع يمينه؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، فيكون القول قوله فى كيفية ذلك، إذا لم يسبق منه إقرار بخلافه.

١٥٩٨٨- وإذا وكله أن يرهن ثوبًا بدراهم مسماة، فرهنه عند نفسه، ودفع الدراهم إلى الآمر، هل يصير الثوب رهنًا؟ إن بين الآمر ما صنع، بأن قال: هذه دراهمى أقرضتك، وأمسكت ثوبك رهنًا بها، ورضى بها الآمر جاز، ويصير مقرضًا للدراهم من رب الثوب، ومرتهنًا ثوبه من نفسه، وإن لم يبين صح الإقراض، ولم يصح الرهن، وإذا لم يصح الرهن فى هذه الصورة لا يكون الثوب مضمونًا على المأمور ما لم يحدث فيه شيئًا، وإن قصد إمساك الثوب لنفسه، فالثوب كان أمانة عنده؛ لأن الأمين لا يضمن[1] بمجرد قصد الإمساك لنفسه.

(١) وفى الأصل وم: "يضمن".

الفصل السابع
فى التوكيل بالخصومة

١٥٩٨٩- رجل حضر مجلس القاضى، ووكل رجلا بقبض كل حق له، وبالخصومة فيه، وليس معهما أحد للموكل قبله حق، فإن كان القاضى يعرف الموكل ويعلم أنه فلان، قبل وكالته، وأنفذها للوكيل حتى إذا أحضر الوكيل بعد غيبة الموكل رجلا يدعى للموكل عليه حقا يسمع خصومته، ولا يكلفه إقامة البينة على الوكالة؛ لأن توكيله بالخصومة ثبت بمعاينة القاضى، والقاضى يعرف الموكل باسمه ونسبه، فيمكنه القضاء، فلا حاجة إلى إقامة البينة على الوكالة، وإن كان القاضى لا يعرف الموكل باسمه ونسبه، لا تقبل وكالته؛ لأنه لو قبل ذلك من غير أن يعرف الموكل باسمه ونسبه ربما يجئ رجل إلى القاضى، ويتسمى باسم غيره، ويوكل عند القاضى وكيلا ويغيب فيأخذ الوكيل غريم ذلك المسمى، ويأخذ المال منه بحكم هذه الوكالة، والحق لم يكن لموكله، فيكون تضييعًا[١] لأموال الناس وحقوقهم، وهذا فصل القضاة عنه غافلون اليوم، فإنهم يقبلون ذلك، وينفذون [لموكله][٢] إذا حضر الوكيل يطلب حقّا للموكل من غير أن يعرفوا اسم الموكل ونسبه، وفيه فساد ظاهر على ما بينا.

فإن قال الموكل: أنا أقيم البينة أنى فلان بن فلان لتقضى بوكالتى هذه لهذا الرجل، فالقاضى لا يسمع بينته؛ لأنه ليس معه خصم جاحد، فلا تقبل البينة على ذلك، هكذا ذكر محمد فى "الأصل". وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: ما يدل على أنه يسمع بينته، وصورة ما ذكر ثمة: إذا حضر الموكل القاضى ليوكل وكيلا، ولم يعرفه القاضى، سأله شاهدين على معرفته، ثم قبل توكيله، فإن غاب الموكل فى هذه الصورة، فجاء الوكيل يخاصم، فإن القاضى لا يقضى بصحة هذه الوكالة، ولا يجعله خصمًا ما لم يشهد على اسم الموكل شاهدان بحضرة خصم ينكر نسبه؛ لأن

---

(١) وفى م: "تضيعها".

(٢) هذا اللفظ فى الأصل فقط.

الغائب لا يعرف إلا بالنسب والاسم، وطريق معرفته البينة، والبينة لا تقبل إلا على خصم جاحد، فإن جاء بشاهدين يشهدان على اسم الموكل ونسبه بحضرة خصم جحد ذلك قبل القاضي شهادته، وجعل الوكيل خصمًا له.

١٥٩٩٠- وإذا وكل رجلين بالخصومة مع رجل، فقدم أحدهما الغريم، فجحد الوكالة والمال جميعًا، فأقام البينة عليه بالوكالة والمال، فإنه يقضى بالوكالة للحاضر والغائب جميعًا، وفيه نوع إشكال؛ لأن الأصل هو التوكيل بالخصومة، وهو المقصود، وعلى اعتبار ما هو المقصود ينفرد أحدهما، فلم يكن حق الحاضر متصلا بحق الغائب، فلا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

الجواب: أن التوكيل بالخصومة توكيل بالقبض عندهما، وأحدهما لا ينفرد بالقبض، فعلى اعتبار أنه توكيل بالقبض كان محتاجًا إلى إثبات حق الغائب لاتصاله به، فانتصب خصمًا عنه، ثم يقضى بالوكالة بلا خلاف. وهل يقضى بالدين إذا أقامهما جملة؟ فهو على الخلاف، وقد مر ذلك فى "كتاب أدب القاضى".

ولو أن الحاضر أقام البينة أن فلانًا وكله وفلانًا الغائب بخصومة هذا، وأجاز ما صنع كل واحد منهما، وأجاز قبض كل واحد منهما على حدة، فإن القاضى يقضى بوكالة الحاضر، ولا يقضى بوكالة الغائب؛ لأن الحاضر هنا لم ينتصب خصمًا عن الغائب؛ لأن حق الحاضر هنا غير متصل بحق الغائب، حتى لو حضر الغائب لم يكن له أن يأخذ من الغريم شيئًا، حتى يثبت وكالته.

١٥٩٩١- وإذا وكل رجلا بالخصومة، فهو على وجوه: الأول: أن يوكله بالخصومة ولايتعرض لشىء آخر، وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار بالإجماع، ويصير وكيلا بالإقرار أيضًا عند علمائنا الثلاثة؛ لأن التوكيل بالخصومة صحيح بالإجماع، وإنما يصح التوكيل بما هو حلال للموكل، ونفس الخصومة ليس بحلال للموكل لا محالة؛ لأن على تقدير أن المدعى محق فى الدعوى لا يحل للمدعى عليه الإنكار لا محالة، أما جواب الخصومة وهو قوله: نعم، ولا حلال له، فجعلنا هذا توكيلا بجواب الخصومة، وأمكن أن يجعل كذلك؛ لأن الخصومة يضاف إليها، والجواب مضاف، وحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه شائع فى اللغة، كما فى

قوله : ﴿وَاسْئَلِ الْقَرْيَةَ﴾[1] أي أهل القرية ، قلنا : والإقرار جواب الخصومة كالإنكار ، فصح ما ادعينا أن التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار .

فبعد هذا اختلف علماءنا ، قال أبو حنيفة ومحمد : التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار فى مجلس الحكم ، حتى لو أقر على موكله فى مجلس الحكم يصح إقراره ، ولو أقر على موكله فى غير مجلس الحكم لا يصح إقراره . وقال أبو يوسف : التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار فى مجلس الحكم ، وفى غير مجلس الحكم . لهما أن جواب الخصم يختص بمجلس الحكم ، حتى لا يستحق على المطلوب الجواب إلا فى مجلس الحكم ، والتوكيل بجواب الخصومة يتقيد بمجلس الحكم ضرورة ، وصار تقدير المسألة وكلتك لتجيب خصمى فى مجلس الحكم ، ولو قال : هكذا لا يصح إقرار الوكيل عليه فى غير مجلس الحكم ، كذا ههنا غير أن عندهما إذا أقر فى غير مجلس الحكم لا يصح إقراره ، ولا يبقى وكيلا حتى يمنع من الخصومة بعد ذلك ؛ لأنه لو بقى وكيلا ، بقى وكيلا بجواب خصومة مقيدة وهو الإقرار ، لا بجواب خصومة مطلقة ، وهو الإقرار والإنكار ؛ لأن الإنكار بعد الإقرار لا يصح ، وهو إنما وكله بجواب خصومة مطلقة ، لا بجواب خصومة مقيدة .

الوجه الثانى : أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار ، وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار ؛ لأن باستثناء الإقرار تبين أن الوكيل ما تناول نفس الجواب إنما تناول جوابًا مقيدًا بالإنكار ، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى "الأصل" .

ذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى فى "شرح الجامع الصغير" : أن هذا الاستثناء على قول أبى يوسف : لا يصح ؛ لأنه لو صح يبقى وكيلا بالإنكار ، فتعذر تصحيح الوكالة بالإنكار لاحتمال كونه مبطلا ، وعند محمد : يصح الاستثناء ، وطريقه ما قلنا .

وفى "فتاوى الصغرى المرتبة" : أن استثناء الإقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح .

الوجه الثالث : أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار ، وفى هذا الوجه يصير

---

(١) سورة يوسف : الآية ٨٢ .

وكيلا بالإقرار، ويصح الاستثناء فى ظاهر الرواية، وهذا لأن الموكل ربما يضره الإنكار بأن كان المدعى أمانة، ولو جحد الوكيل جحودًا أصليًا، لا يصح دعوى الرد بعد ذلك، وقبل الجحود يصح دعوى الرد، فيصح استثناء الإنكار، كما يصح استثناء الإقرار، وعن أبى يوسف : أنه لا يصح الاستثناء.

الوجه الرابع : أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار عليه، وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والإقرار جميعًا، حتى لو أقر صح إقراره على الموكل عندنا خلافًا للشافعى، ويجب أن يعلم بأن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا، ولا يصير الموكل مقرًا بنفس التوكيل عندنا، ذكر محمد المسألة فى باب الوكالة فى الصلح، وصورة ما ذكر ثمة : أن المشترى إذا وكل رجلا ليصالح البائع عن العيب، فأقر الوكيل أن الموكل أبطل العيب[1] لم يجز إقراره.

ولو وكله بالإقرار فأقر جاز، فلم يجعل نفس التوكيل بالإقرار إقرارًا، حتى شرط إقرار الوكيل للزومه، حيث قال : فأقر جاز، قالوا : ولا يوجد لهذه المسألة رواية إلا فى ذلك الباب. حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى : أنه كان يقول : معنى التوكيل بالإقرار أن يقول للوكيل : وكلتك أن تخاصم وتذب عنى، فإذا رأيت مذبة يلحقنى بالإنكار، واستصوبت الإقرار، فأقر علىّ، فإنى قد أجزت ذلك.

الوجه الخامس : إذا قال : وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار، ولا رواية فى هذا الفصل عن أصحابنا، وقد اختلف المتأخرون فيه، بعضهم قالوا : لا يصح هذا التوكيل أصلا ؛ لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة، وجواب الخصومة إقرار وإنكار، فإذا استثنَى كلاهما لم يُفوّض إليه شىء.

وحكى عن القاضى الإمام صاعد النيسابورى : أنه قال : يصح التوكيل، ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم، حتى يسمع البينة عليه، وإنما يصح التوكيل بهذا القدر ؛ لأن ما هو مقصود الطالب، وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البينة، يحصل به.

١٥٩٩٢- وفى كتاب الأقضية : إذا كان الموكل بالخصومة هو المطلوب المدعى

---

(١) وفى حاشية ظ : "البيع".

عليه، فوكل رجلا بخصومة الطالب، وقال : على أن لا يجوز إقراره عليّ، فهو جائز فى قول أبى يوسف على ما وكله به، وقال محمد : إذا كان المطلوب هو الذى ينصب الوكيل، فقال الطالب : لا أرضى إلا أن تقيم لى رجلا يقوم مقامك، ويجوز إقراره كما يجوز إقرارك، وإلا فاحضر وخاصمنى، فإنه يقال للمطلوب : خاصمه أو أقم رجلا، يجوز إقراره عليك.

وكذلك لو كان الموكل هو الطالب، فقال المطلوب : لا أرضى إلا أن تخاصمنى، أو توكل رجلا يقوم مقامك، لا يمتنع من خصومتى وحجتى إذا جئت بها، ويجوز إقراره عليك بقبض المال، فله ذلك إذا كان الطالب حاضرًا، فإن كان غائبًا، ووكل وكيلا لا يجوز إقراره عليه، بأن استثنى الإقرار من المطلوب، يدفع ما وجب عليه إلى الوكيل، ولا يكون له الامتناع من خصومة الوكيل بأن يقول : لا أخاصمك حتى يجوز إقرارك على الذى وكلك.

فوجه قول أبى يوسف : إن المستحق للمدعى قبل المطلوب مطلق الجواب، أما الإقرار أو الإنكار لو أتى بالإنكار بلسان نفسه، لا يكون للمدعى أن لا يرضى به، فكذا إذا أتى به بلسان غيره.

ولمحمد أن المستحق على المدعى عليه ليس هو الإنكار بعينه؛ لأن الإنكار بعينه ليس بحق قطعا، فلا يصح مستحقًا عليه بعينه، أما نفس الجواب حق، فيصلح مستحقًا عليه، فإذا وكله بمطلق الجواب، فقد أوفاه ما هو مستحق عليه، فلا يكون للمدعى أن لا يرضى به، فأما إذا استثنى الإقرار، فقد فوّض إليه الإنكار بعينه، والإنكار بعينه لم يستحق عليه، فلم يوفِ ما هو مستحق عليه، فكان للمدعى أن لا يرضى به، فأما إذا وكل وهو غائب، لم يدع الطالب عليه بعد، فالطالب لم يستحق عليه شيئًا؛ لأن الاستحقاق بالدعوى ولم توجد الدعوى، فإن شاء المدعى اكتفى بهذا الجواب من الوكيل وخاصمه، وإن شاء صبر حتى يحضر الموكل، ويخاصمه رجاء أن يأتى بالجواب الآخر، وهو الإقرار، وعلى هذا إذا كان الطالب هو الذى يوكل وكيلا فى الاكتفاء بالجواب المقيد من الموكل إذا كان غائبًا، وبأن للمطلوب أن لا يرضى به إذا كان الموكل حاضرًا.

١٥٩٩٣- وفى "أدب القاضى" للخصاف فى آخر باب الرجل يريد سفراً : أن المطلوب إذا وكل وكيلا فى خصومة ، ثم أراد أن يستثنى إقرار الوكيل عليه، إن كان بمحضر من الطالب جاز ، وإن كان بغير محضر من الطالب ، فكذلك عند محمد ، خلافًا لأبى يوسف ، فأبو يوسف يعتبر الاستثناء بالعزل ، ومحمد يقول : لا حق للطالب فى إطلاق الوكالة ، بدليل أنه لا يمكنه أن يطالبه بتوكيل مطلق ، بل للمطلوب أن يستثنى فى الابتداء .

وعلى هذا الخلاف إذا أذن المطلوب لوكيله فى أن يوكل ، ثم أراد بعد ذلك أن يحجر عليه فى حق هذه الزيادة حتى لا يملك الوكيل الأول التوكيل ، عند محمد : يصح حجره ، وإن كان بغير محضر من الطالب ، وعند أبى يوسف : لا يصح بغير محضر من الطالب .

إذا وكل رجلا بخصوماته ، وأخذ حقوقه من الناس ، على أن لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل ، فهذا التوكيل صحيح ، فلو أثبت الوكيل المال لموكله ، ثم أراد المدعى عليه الدفع ، لا يسمع على الوكيل ، هكذا حكى فتوى الصدر الشهيد الكبير برهان الدين -تغمده الله بالرحمة- .

١٥٩٩٤- قال فى "الجامع الصغير" : الوكيل بالخصومة فى الدين يملك قبضه عند علماءنا الثلاثة ، وكثير من مشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لفساد أحوال الناس ، وظهور الجنايات فيما بينهم ، خصوصًا الوكلاء على أبواب القضاء .

١٥٩٩٥- وفى "الأصل" يقول : إذا وكل رجلين بالخصومة فى دين ادعاه ، وبقبضه ، فلأحدهما أن يخاصم دون صاحبه ، ولكن لا يقبضان إلا معًا . قال القاضى الإمام صدر الإسلام : فى شرح هذه المسألةدليل على أن الوكيل بالخصومة فى الدين لا يملك القبض ، إذ لو ملكه ذلك لم يكن للتنصيص على القبض فائدة .

وقال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى : فائدة التنصيص على القبض أن لا ينفرد أحدهما بالقبض ، وإذا وكله بالخصومة عند قاضٍ فلان ، كان للوكيل أن يخاصمه إلى قاضٍ آخر ؛ لأن تعيين القاضى لا يفيد ، فلغا .

١٥٩٩٦- ولو وكله بالخصومة إلى فلان الفقيه ، لم يكن له أن يخاصم إلى فقيه

آخر ؛ لأن تعيين الحكم مقيد فاعتبر ، وإذا وكل الرجل رجلا بالخصومة فى هذه الدار مع فلان ، فباع فلان الدار من رجل ، لم يكن للوكيل أن يخاصم المشترى ؛ لأن الموكل ما رضى بخصومة المشترى . وإن وكله بالخصومة فى هذه الدار ، ولم يقل : مع فلان ، كان له أن يخاصم المشترى .

الفصل الثامن
فى التوكيل بقبض الدين وتقاضيه، وفى التوكيل بقبض العين وفى التوكيل بإثبات الدين وقضاء الدين والرسول فى ذلك

١٥٩٩٧- وإذا وكل رجلا بتقاضى دينه، فهو جائز، رضى المطلوب أو لم يرضَ، سواء كان الموكل حاضراً أو غائبًا، وسواء كان صحيحًا أو مريضًا، قالوا: هذا إذا كان المطلوب مقرّا بالدين، فأما إذا كان جاحدًا لا يصح التوكيل عند أبى حنيفة من غير رضى الخصم، إذا كان الموكل صحيح حاضراً؛ لأنه إذا كان جاحدًا كان التوكيل بالتقاضى توكيلا بالخصومة، والجواب فى التوكيل بالخصومة عن غير رضى الخصم عند أبى حنيفة هكذا، وإليه مال شمس الأئمة الحلوانى[1].

وذكر شيخ الإسلام: أن التوكيل ههنا صحيح على كل حال، وقرر ما ذكر فى الكتاب؛ لأن التوكيل بالخصومة هنا يثبت فى ضمن التقاضى، ويجوز أن يثبت الشىء فى ضمن غيره، وإن كان لا يثبت مقصوداً.

١٥٩٩٨- وإذا وكل رجلا بقبض دينه، فهو جائز، وفى المسألة نوع إشكال؛ لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونًا عليه، وله على الغريم مثل ذلك، فيلتقيان قصاصًا، وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح.

والجواب: التوكيل بالقبض رسالة بالاستقراض من حيث المعنى، وليس بتوكيل بالاستقراض؛ لأنه لابد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله، بأن يقول: إن فلانًا وكلنى بقبض ماله عليك من الدين، كما لابد للرسول فى الاستقراض من الإضافة إلى المرسل، بأن يقول: أرسلنى فلان إليك يقول لك: أقرضنى كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض، فإنه يضيف إلى نفسه، فيقول: أقرضنى، فصح ما ادعينا أن هذا

(١) وف م: "السرخسى".

رسالة معنى، والرسالة بالاستقراض جائزة، وله أن يتقاضى دينه، ويقبضها؛ لأن الدين اسم جنس، فينصرف إلى الديون كلها.

١٥٩٩٩- وليس للوكيل أن يوكل غيره بالقبض، إما لأن الناس يتفاوتون في القبض، والموكل إنما رضي بتقاضي الأول دون الثاني، أو لأن الوكيل بالقبض في معنى التوكيل بالشراء، فإنه وكيل ببيع ما في ذمة الموكل بما يقبضه من الديون، والوكيل بالشراء ليس له أن يوكل غيره، على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا باع، ووكل من ليس في عياله بقبض الثمن حيث له ذلك، والفرق أن الوكيل بالبيع في حق القبض بمنزلة المالك حتى لا يملك الموكل نهيه عن القبض، فيملك توكيل غيره كالمالك حقيقة، فأما الوكيل بقبض الدين نائب في حق القبض عن رب الدين، ولهذا ما ملك رب الدين نهيه، والنائب لا يملك إنابة غيره إلا إذا أمره المنيب به، ولم يأمره المنيب ههنا، فإن وكل مع أنه ليس له ذلك، وقبض الوكيل الثاني المال من المطلوب، فإن وصل المال إلى الوكيل الأول برئ المطلوب عن الدين، وإن لم يصل إليه، إن كان الوكيل الثاني من هو في عيال الوكيل الأول برئ؛ لأن قبض من في عيال الإنسان، كقبض صاحب العيال، فالأمر بقبض الأول يكون أمرًا بقبض من عياله. وإن لم يكن الثاني في عيال الإنسان ليس كقبضه حتى يكون الأمر بقبض الأول أمرًا بقبض هذا، فحصل قبض الثاني بغير أمر رب الدين، فإنه لا يوجب براءة المديون، كما لو دفع إلى واحد من عرض الناس.

ولو هلك المال في يد الوكيل الثاني قبل أن يصل إلى الأول، فللغريم أن يضمن الوكيل الثاني، وللوكيل الثاني أن يرجع على الوكيل الأول؛ لأن الأول ضمن للثاني سلامة قبضه، فصار مغرورًا من جهته، والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الغرر.

وأخبرني من أثق به: أن محمدًا ذكر في باب الوكالة بالسلم: أن الوكيل بالسلم إذا أسلم فوكل رجلا بقبض المسلم فيه، فقبض الوكيل الثاني المسلم فيه يبرأ المسلم إليه، والمعنى ما ذكرنا في الوكيل بالبيع إذا وكل رجلا بقبض الثمن.

وفي "المنتقى": الوكيل بالبيع إذا وكلا رجلا بقبض الثمن من غير أمر الآمر، فقبض وهلك في يده، قال أبو حنيفة: لا ضمان على القابض، وإنما الضمان على

الوكيل .

١٦٠٠٠- وإذا وكّل رجلا بتقاضى دين له على رجل، ثم إن المطلوب مات، فإن الوكيل على وكالته، يتقاضى ذلك من مال الميت، ولا ينعزل حكمًا بموت المطلوب؛ لأن الوكيل إنما ينعزل حكمًا إما بزوال ولاية الموكل بسبب من الأسباب، أو بفوت المأمور، وههنا ولاية الموكل لم تزل، والمأمور به لم يفت؛ لأن المأمور به تمليك ما فى ذمة المديون بما يقبضه الوكيل، وبعد ما مات المديون، فالوكيل يملك ما فى ذمته بما يقبض، فبقيت الوكالة كما كانت .

وإن مات الموكل خرج الوكيل عن الوكالة علم به، أو لم يعلم؛ لزوال ولاية الموكل قبل حصول المقصود، فإن قال الوكيل : قد كنت قبضت الدين فى حياة الموكل، ودفعت إليه، لم يصدق إن كان المقبوض هالكًا، فرق بين هذا وبين الوكيل بقضاء، إذا قال بعد موت الموكل : كنت دفعت الدين إلى الطالب قبل أن يموت الموكل، والورثة قالوا : دفعت بعد موت أبينا، والمال هالك، فإن هناك القول قول الوكيل .

والفرق أن هناك حاصل اختلافهم فى إيجاب الضمان على الوكيل لا فى زوال ملك الورثة عن المدفوع؛ لأن ملكهم عن المدفوع قد زال بالهلاك، فالورثة يقولون : دفعنا بعد موت أبينا، وصرت ضامنًا، والوكيل ينكر ذلك، والقول قول المنكر فى الشرع، أما ههنا الاختلاف وقع فى سقوط الدين عن المطلوب، فالوكيل بقوله : "قد كنت قبضت" يدعى سقوطه، والورثة فى هذا الإنكار متمسكون بما هو الثابت فى "الأصل"، والقول قول من يتمسك بما هو الثابت فى "الأصل" .

١٦٠٠١- وإذا وكل الرجل رجلا بقبض دين له على رجل، فقبضها الوكيل، ووجدها زيوفًا، أو ستوقة، أو نبهرجة، أو رصاصًا فردها، فالقياس أن يضمن، وفى الاستحسان : لا يضمن، ذكر القياس والاستحسان عقيب هذه المسائل جملة، فمن مشايخنا من قال : القياس والاستحسان فى الكل؛ لأنه وكله بتمليك ما فى ذمة المديون بدراهم جياد .

١٦٠٠٢- ولو وكله ببيع عين من أعيان ماله بدراهم جياد، فباعه بالزيوف أو الستوقة يضمن، فالقياس على ذلك فى الكل أن يضمن، ولكن هذا لا يصح؛ لأن

الوكيل ببيع العين بالجياد إذا باع بالزيوف أو الستوقة ، لا يضمن بمجرد البيع ، إنما يضمن إذا باع وسلم ، وههنا فى الدين وجد مجرد البيع ، ولم يوجد التسليم ، فكيف يضمن؟

والصحيح أن هذا القياس والاستحسان فيما إذا وجدها زيوفًا أو نبهرجة ، فأراد أن يردها ، فالقياس أن لا يكون له الرد من غير استطلاع رأى الموكل ، وإذا رد يضمن . وفى الاستحسان : له الرد من غير استطلاع رأى الموكل ، وإذا رد لا يضمن ، فأما فى الستوقة والرصاص فله أن يردها من غير استطلاع رأى الموكل ، وإذا ردها لا يضمن قياسًا واستحسانًا ؛ لأن الستوقة والرصاص ليسا من جنس حق الموكل ، ألا ترى أن الموكل لا يملكه لو قبض بنفسه ، فكذا لا يملكه بقبض الوكيل ، وإذا لم يملكه كان باقيًا على حكم ملك الديون ، فقد رد على المديون ملكه ، فلا يضمن لأحد قياسًا واستحسانًا .

وأما الكلام فى الزيوف والنبهرجة : فوجه القياس فيه أن الزيوف والنبهرجة من جنس حق الموكل ، حتى يملكه الموكل إذا قبض بنفسه ، فكذا يملكه بقبض الوكيل ، فإذا ردها الوكيل ، فإنما رد ملك الموكل بغير إذنه ، فيضمن ، ألا ترى أن من اشترى عبدًا ، ووكل رجلا بقبضه ، فقبضه ، ووجد به عيبًا ، فأراد أن يرده قبل استطلاع رأى الموكل ، لم يكن له ذلك ، وإذا رد يصير ضامنًا ، كذا ههنا .

فإن قال الوكيل : قبضت منك ألف درهم ، وقطع الكلام ، ثم قال : وجدتها زيوفًا يصدق جميعًا ؛ لأنه بيان تقرير ؛ لأنه أقر بقبض الدراهم مطلقًا ، وقد يقبض الدراهم الجياد ، وقد يقبض الدراهم الزيوف ، فإذا قال : ما قبضت كان زيوفًا ، كان هذا بيان تقرير ، فيصح وإن كان مفصولا كما لو قال : لفلان عندى ألف درهم وديعة ، ثم قال : إلا أنها زيوف .

١٦٠٠٣- وفى "المنتقى" ابن سماعة عن محمد : رجل له على رجل ألف درهم وضح ، وكل رجلا بقبضها منه ، وأعلمه أن ما عليه وضح ، فقبض الوكيل منه ألف درهم غلة ، وهو يعلم أنها غلة ، لم يجز ذلك على الآمر ، فإن ضاعت فى يد الوكيل ضمنها الوكيل ، ولم يلزم الآمر شىء ، وإن لم يعلم الوكيل أنها غلة فقبضه جائز ، ولا ضمان عليه ، وله أن يردها ويأخذ وضحًا ، وإن ضاعت من يد الآمر ، ولا يرجع بشىء فى قياس قول أبى حنيفة ، وفى قول أبى يوسف : يرد مثلها ويرجع بالوضح ، ولا ضمان

على الوكيل في هذا، وعن أبي يوسف أن الوكيل إذا قبض النبهرجة، فلا ضمان على الوكيل فيها، علم أو لم يعلم، وإن هلكت في يد الوكيل هلكت من مال الموكل، وله أن يرد مثلها ويأخذ بالجياد.

١٦٠٠٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: رجل له على رجلين ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فوكّل رب الدين رجلا بقبضه من أحدهما بعينه، فقبضه من الآخر جاز. قال: ألا ترى أنه لو قضى عنه أجنبي جاز، وكذلك لو أن رجلا له على رجل ألف درهم، وبها كفيل، فوكل الطالب رجلا بقبض المال من الذي عليه الأصل، فقبضه من الكفيل جاز.

١٦٠٠٥- وفي "المنتقى": رجل له على رجل مائة درهم، فأرسل إليه ليقبض منه المائة، فوزن له المطلوب كما هو، ولا شيء على الرسول، وإن دفع إليه مائة ثم دفع إليه مائة أخرى، وخلطهما الرسول، فهو ضامن للمائة، وبرئ المطلوب عن المائة.

١٦٠٠٦- وفي "نوادر هشام" عن محمد: رجل وكل رجلا بقبض ألفٍ عن مديونه، وأعطاه المطلوب ألفي درهم، وقال: ألف درهم قضاء من حق الذي وكلك، وهو يرى أنها ألف درهم، فضاعت من الوكيل وهي ألفا درهم، قال: لا يضمن الوكيل الألف الفضل؛ لأنه لم يقبضها لنفسه، ولا يضمنها الآخر أيضًا؛ لأنه لم يأمره بقبضها له.

١٦٠٠٧- وإذا وكل الرجل رجلا بقبض دين له، فجحد الغريم الدين، ذكر هذه المسألة في "الأصل"، وقال على قول أبي حنيفة: ينتصب الوكيل خصمًا في إثباته، يسمع منه البينة على الدين، وعلى قولهما: لا ينتصب خصمًا، وفي "المنتقى" رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن الطالب إذا كان حاضرًا لم يكن للوكيل أن يقيم عليه البينة حتى يحضر الطالب، وإن كان الطالب غائبًا فله أن يقيم البينة عليه حتى يستوفي حق الطالب، قال: وهكذا روى الحسن عن أبي يوسف في كتاب البيوع.

فالأصل أن الوكيل بقبض ملك الموكل كالوكيل بقبض جارية في يدي فلان، لا ينتصب خصمًا في الإثبات متى جحد الذي كانت الجارية في يده أنها لموكله، والوكيل بقبض ملك الغير بحق للموكل قبله، كالوكيل بأخذ الشفعة، يصير وكيلا بالخصومة في

الإثبات، وهذا لأن التوكيل بالخصومة لم يوجد نصًا، لو ثبت التوكيل بالخصومة إنما ثبت ضرورة أن الوكيل لا يتوصل إلى القبض إلا بالخصومة، والتوكيل بالشيء توكيل به، وبما لا يتوصل إليه إلا به؛ لأنه قد يمكنه الوصول إلى القبض بدون الخصومة بأن لا يجحد المطلوب ذلك، وقد لا يمكنه الوصول إلى القبض بدون الخصومة، فأحد الاعتبارين يوجب أن يصير وكيلا بالخصومة، والآخر يوجب أن لا يكون وكيلا بالخصومة، والعمل بهما متعذر فى كل حكم لمكان التنافى، فعملنا بهما فى حكمين، فقلنا: متى حصل التوكيل بقبض عين هو ملك الموكل لا ينتصب الوكيل خصمًا فى الإثبات، ومتى حصل التوكيل بقبض عين هو ملك الغير بحق للموكل قبله، ينتصب الوكيل خصمًا فى الإثبات، وإنما عملنا على هذا الوجه، ولم نعمل على العكس؛ لأنا لو جعلناه خصمًا فى الإثبات متى حصل التوكيل بقبض ما هو ملك الموكل، لزمنا أن نجعله خصمًا متى حصل التوكيل بقبض ما هو ملك الغير؛ لأن الحاجة إلى الخصومة فيما هو ملك الغير أكثر، فحينئذٍ يتعطل العمل بالمعنيين، فعملنا بهما على الوجه الذى قلنا، ليمكننا العمل بالمعنيين.

وإنما وقع الاختلاف فى الوكيل بقبض الدين؛ لاختلافهم أن الوكيل بقبض الدين وكيل بقبض ملك الموكل، أو بملك المديون بحق للموكل قبله، فوقع عند أبى حنيفة أنه وكيل بقبض ملك المديون بحق للموكل قبله، فينتصب خصمًا فى الإثبات، ووقع عندهما أنه وكيل بقبض ملك الموكل، فلا ينتصب خصمًا فى الإثبات.

فإن أقام الوكيل البينة على المال، وأقام الغريم بينة أنه قد أوفاه الطالب، فعلى قول أبى حنيفة: قبلت بينته على الإيفاء، وحكم ببراءة الغريم، وعلى قولهما: قبل بينته فى دفع مطالبة الوكيل عنه، ولم يكن ذلك قضاء على الغائب، فإذا حضر أخذه بالمال، إلا أن يعيد الغريم عليه بينة بذلك، وإن لم يكن للغريم بينة، وأراد أن يحلف الوكيل: بالله ما تعلم أن الآمر قبض الدين، روى الحسن عن أبى حنيفة: أن له ذلك، فإن لم يحلف لم يكن له أن يقبضه، وإن ادعى الغريم الإبراء، لا تقبل بينته على الوكيل فى حق ثبوت البراءة إجماعًا، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرحه: أن مسألة الإبراء على الخلاف، وإليه أشار محمد فى كتاب الوكالة.

وإن أقام المطلوب بينة أنه باع دارًا له من الموكل بالألف التي كانت له عليه، وقف حتى يجيء الموكل؛ لأن الخصومة الآن في الدار، ذكره في "المنتقى".

١٦٠٠٨- وفي مفقود شيخ الإسلام: أن الوكيل بالقبض إذا كان وكيلا من جهة القاضي، بأن وكّل القاضي رجلا بقبض ديون الغائب، لا يملك الوكيل الخصومة وإقامة البينة على الدين بالاتفاق، والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في الوكيل بالقبض من جهة غير القاضي، ثم إن أبا حنيفة فرّق بين الوكيل بالقبض وبين المأمور بقبض الدين والرسول، فجعل للوكيل حق الخصومة، ولم يجعل للمأمور بقبض الدين وللرسول حق الخصومة.

١٦٠٠٩- وفي "الجامع": أقام رجل بينة أن فلانًا وكله وفلان ابن فلان بقبض المال الذي له على هذا، فأقر الغريم بالدين وجحد الوكالة، أو جحدهما جميعًا، فأقام الوكيل البينة على الوكالة والدين، فإن القاضي يقضي بوكالة الوكيلين جميعًا، وليس للحاضر أن يقبض منه الدين حتى يحضر الغائب، أما القضاء بوكالتهما لأن الحاضر ههنا انتصب خصمًا عن الغائب؛ لأنه يدعي لنفسه حقًا متصلا بحق الغائب؛ لأن أحد الوكيلين بالقبض لا ينفرد بالقبض، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، ولكن لا يقبض الحاضر شيئًا من الدين حتى يحضر الآخر؛ لأن صاحب الدين إنما رضي بأمانتهما، أما ما رضي بأمانة أحدهما. فإن حضر الغائب قبضا[1] الدين، ولا يحتاج الذي حضر إلى إثبات وكالته.

١٦٠١٠- ثم ذكر محمد في "الأصل" مسألة الوكيل بقبض الدين، ولم يذكر مسألة التوكيل بالتقاضي، ولا شك أن على قولهما التوكيل بالتقاضي لا يكون توكيلا بالخصومة كالتوكيل بقبض الدين، وقد اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة، وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الوكيل بالتقاضي يملك الخصومة، إن أبى الطالب أن يعطيه.

الوكيل بقبض الدين إذا أقام بينة على الدين، فقضى القاضي على الغريم بذلك، وأمره بدفع المال إلى الغريم، وقبض الوكيل ذلك، وضاع من يده، ثم أقام الغريم بينة

---

(١) وفي الأصل: "قبض".

على أنه قد قضاه رب المال، فلا سبيل له على الوكيل، إنما سبيله على الموكل؛ لأن يد الوكيل يده، هكذا ذكر في "المنتقى".

١٦٠١١- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: في رجل ادعى على رجل حقًا لغائب، وأقام بينة أن الغائب وكله بطلب حقه وخصومته في ذلك، فأقام المدعى عليه بينة أن الموكل أخرج هذا من الوكالة بمحضر، أو بغير محضر منه، قبلت هذه البينة، وتبطل الوكالة؛ لأن الخصومة قد توجهت عليه من قبل الوكيل؛ لأجل الغائب، والمدعى عليه يريد دفع خصومة الوكيل بإثبات العزل من الغائب، ولا يمكنه ذلك إذا ثبت العزل من الغائب، فينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

وكذلك إذا أقام البينة على إقرار الوكيل أن الموكل أخرجه من الوكالة، قبلت البينة؛ لأنه يثبت بالبينة إقراره أنه ليس بخصم عن الغائب، واعتباره تندفع الخصومة عنه، فيكون خصمًا في إثبات إقراره، ويثبت ذلك ببينته، وكذلك إذا أقام البينة على إقرار الموكل أنه لم يوكله، قبلت البينة.

١٦٠١٢- وإذا وكل الرجل رجلا بقبض جارية له في يدي فلان أو بنقل امرأته، أو بنقل مملوكه، فأقام المملوك البينة على العتاق، وأقامت المرأة بينة على الطلاق بحضرة الوكيل، القياس أن لا تقبل هذه البينة أصلا، لا في حق العتق، لا في حق الطلاق، ولا في حق قصر يد الوكيل عنهما، وفي الاستحسان أن تقبل هذه البينة في حق قصر يد الوكيل، ولا تقبل في حق الطلاق والعتاق.

ووجه ذلك أن البينة من المرأة والمملوك قامت على شيئين: على زوال ملك الموكل، وعلى قصر يد الوكيل، وهذه البينة في حق زوال ملك الموكل إن قامت على غير خصم، ففي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم، وكذلك إذا وكل الرجل وكيلا بقبض دار له في يد رجل، وأقام الذي في يديه الدار بينة أنه اشتراها من الذي وكله، قال في "الأصل": لا أنفذ عليه، قالوا: ويجب أن تكون المسألة على القياس والاستحسان، وفي "الجامع الصغير" يقول: أقفه حتى يحضر الغائب.

١٦٠١٣- رجل استودع رجلا متاعًا، ثم وكل رجلا بقبضه، فدفع المستودع إلى الوكيل غير متاع الموكل، فدفعه الوكيل إلى الموكل، فهلك عنده فضمانه على الموكل؛

لأنه قبضه على أنه متاعه، ولا ضمان على الوكيل ؛ لأنه حين دفعه إلى الوكيل برسالة فلان على أنه لفلان، فقد سلطه على الدفع إلى فلان.

١٦٠١٤- في "المنتقى" : وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد : رجل وكل رجلا بقبض ألفه من فلان، فقال الذى عليه الألف للوكيل، ليس عندى اليوم، فخذ هذا الثوب رهنًا بالألف حتى أدفع إليك الألف إلى ثلاثة أيام، فأخذ الوكيل منه الرهن، وقيمته ألف، فضاع عنده قال : لا ضمان عليه ؛ لأنه لم يلِ القرض، ولا الإدانة، إنما ولى ذلك غيره وإنما قبضه على أن يكون أمينًا فيه لصاحب الدين.

١٦٠١٥- وإذا قدم الرجل رجلا إلى القاضى، وادعى أن فلانًا وكله بقبض دينه الذى على هذا، فهذا على أربعة أوجه : إما أن أقر المدعى عليه بالدين والوكالة جميعًا، أو أقر بالدين وجحد الوكالة، أو أقر بالدين، ولم يصدقه فى الوكالة ولم يكذبه فيها، أو أقر بالوكالة وجحد الدين، ففى الوجه الأول : يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل، ولو كان مكان الدين وديعة، وباقى المسألة بحالها، لا يؤمر بتسليمها إلى المدعى فى ظاهر الرواية، وقد كتبنا الفرق فى "كتاب أدب القاضى" من هذا الكتاب. وفى الوجه الثانى : لا يؤمر بالتسليم إليه، وقد ذكرنا ذلك أيضًا فى "كتاب أدب القاضى" من هذا الكتاب.

وفى الوجه الثالث : وهو ما إذا لم يصدقه فى الوكالة ولم يكذبه، لا يؤمر بالتسليم أيضًا ؛ لأنه يحتمل التكذيب، وعلى تقدير التكذيب لا يؤمر بالتسليم، فلا يؤمر بالتسليم بالشك، فإن لم يكن للوكيل بينة على الوكالة فى هذين الوجهين، فطلب من القاضى أن يحلف القاضى الغريم بالله ما يعلم أن فلانًا وكله بالقبض، ذكر الخصاف هذه المسألة فى "أدب القاضى". وقال القاضى : يستحلفه بالله ما يعلم أن فلانًا وكل هذا بقبض المال على ما ادعى، وأضاف هذا الجواب إلى أبى يوسف ومحمد، واختلف المشايخ فيه : بعضهم قالوا : هذا قول الكل إلا أن الخصاف لم يذكر قول أبى حنيفة ؛ لأنه لم يحفظه، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلوانى، ومنهم من قال : هذا قولهما، أما على قول أبى حنيفة : لا يحلف وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسى وشيخ الإسلام، وقد ذكرنا الوجه فى "كتاب أدب القاضى" من هذا الكتاب، فإن حلفه القاضى على

الاتفاق[١] أو على قولهما ، فحلف انتهى الأمر ، وإن نكل صار مقرًا بالوكالة ، وقد أقر بالدين ، فيأمره القاضى بالتسليم إليه .

وفى الوجه الرابع : وهو ما إذا أقر بالوكالة وجحد الدين ، لا يؤمر بتسليم المال إلى الوكيل أيضًا ؛ لأنه لو أمر بذلك أمر بمجرد الدعوى ولا وجه إليه .

فإن قال الوكيل : أنا أقيم البينة على هذا الحق ، فالقاضى لا يقبل ذلك منه ؛ لأن البينة إنما تقبل منه على تقدير كونه وكيلا ههنا فى حق إثبات المال عليه بالبينة ؛ لأن وكالته إنما تثبت بإقرار المدعى عليه ، وإقرار الإنسان حجة عليه ، وليس بحجة على غيره ، فيثبت وكالته فى حق الاستحلاف[٢] ، وأخذ المال منه إن نكل ؛ لأن ذلك يقتصر عليه إنما لا يثبت وكالته فى حق إثبات المال عليه بالبينة ؛ لأنه لو ثبت وكالته فى حق إثبات المال عليه بالبينة لتعدى قوله إلى الغائب ، وذلك لا يجوز .

فإن أقام البينة على الوكالة ، وقضى القاضى بوكالته بالبينة الآن ، تقبل منه البينة على المال ؛ لأنه ثبت كونه وكيلا بحجة متعدية ، فقد قبل البينة من الوكيل على الوكالة مع كون الغريم مقرًا بالوكالة ؛ لأن إقراره بالوكالة لم يصح فى حق إثبات المال عليه بالبينة ، فصار وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة ، ويجوز أن تقبل البينة على المقر ، ألا ترى أن من ادعى دينًا على ميت ، وأحضر وارثا من ورثته ، فأقر هذا الوارث بدينه ، فإنه يستوفى ذلك من نصيبه خاصة ، فإن قال المدعى : أنا أقيم البينة على الدين على هذا الوارث المقر حتى يثبت حقى بالبينة ، ثم استوفى ذلك من أى التركة شئت ، كان له ذلك .

وكذلك لو وكل رجلا بقبض عين له فى يدى إنسان ، فأقر الذى فى يديه بالوكالة ، فقال الوكيل : أنا أقيم بينة على المدعى عليه بالوكالة ، قبل بينته ، كذا فى مسألتنا .

١٦٠١٦- الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة . هكذا ذكر محمد فى "الأصل" . حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل رواية : أنه كان يقول فى التوكيل بالتقاضى يعتمد العرف ، فإن كان التوكيل فى بلد كان العرف بين

---

(١) وفى م : "الإنفاق" .

(٢) وفى ف : "فيثبت وكالته بإقراره فى حق . . . إلخ" .

التجار أن المتقاضى هو الذى يقبض الدين، كان التوكيل بالتقاضى توكيلا بالقبض، وما لا فلا. وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى فى شرح هذا الكتاب: أن الوكيل بالتقاضى فى عرف ديارنا لا يملك القبض، كذا جرت العادة فى ديارنا، وجعل التقاضى مستعملا فى المطالبة مجازًا؛ لأنه سبب الاقتضاء، وصارت الحقيقة مهجورة.

١٦٠١٧- الوكيل بقبض الدين إذا قبض كان المقبوض أمانة فى يده، إذا أودع غيره يضمن إلا إذا أودع من فى عياله، وهل له أن يسافر به؟ فهو على التفاصيل التى عرف فى المودع إذا سافر بالوديعة.

١٦٠١٨- الوكيل بقبض الدين إذا قال: قبضت وهلك عندى، أو قال: دفعته إلى الموكل وكذبه الموكل، يصدق فى حق براءة المديون لا فى حق الرجوع على الموكل على تقدير الاستحقاق، حتى لو استحق إنسان ما أقر الوكيل بقبضه، وضمن المستحق الوكيل، لا يرجع الوكيل على الموكل.

١٦٠١٩- وفى وكالة "الجامع": أحد ربى الدين إذا وكل أجنبيًا بقبض نصيبه، فقبض صح، حتى لو هلك فى يد الوكيل هلك من مال الآمر، ولكن إذا كان قائمًا، فللشريك الآخر أن يشاركه، كما لو قبض أحد ربى الدين بنفسه، فهلك فى يده كان الهالك من نصيبه، ولو كان قائمًا، فلشريكه أن يشاركه فيما قبض، كذا ههنا.

١٦٠٢٠- وفى "نوادر هشام" عن محمد: رجل قال لغيره: إن فلانًا قال لى: أقرضك ألف درهم، وقد وكلتك بقبضها منه لى، فقال الوكيل: قد قبضت منه، وقال المقرض: قد دفعتها إلى الوكيل، وكذبهما الموكل، فالقول قول الموكل، وهكذا ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد.

ولو قال: ادفع إلى رسولى فلان الألف التى لى عليك، فقال الذى عليه الدين: قد دفعت وصدّقه الرسول، فقال: قبضت إلا أنها ضاعت، وكذبهما الآمر فى الدفع والقبض، برئ الغريم عن الدين.

١٦٠٢١- قال فى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: وليس المقرض بمنزلة المديون، إنما المقرض بمنزلة رجل دفع إلى رجل عبدًا أو امرأة أن يبيعه، فقال الوكيل: بعته من فلان بألف درهم، وقبضت الألف، فضاعت منى، ولم أدفع العبد، فأنا أدفعه إلى

الذى اشتراه، وكذبه الآمر، وقال: لم يقبض الثمن، فالقول قول الآمر، ولا يصدق الوكيل على قبض الثمن من قبل أن العبد فى يده، ولو كان الوكيل دفع العبد إلى المشترى، ثم أقر بذلك، كان القول قوله، وهذا قول أبى حنيفة.

١٦٠٢٢- وفى "المنتقى": إذا قال الرجل لغيره: أعتق عبدى على ألف درهم، واقبضها وادفعها إلىّ، أو قال: اخلع امرأتى على ألف، واقبضها وادفعها إلىّ، فقال الوكيل بعد ذلك: فعلت ذلك، وقبضت الألف، ودفعتها إلى الآمر، وكذبه الآمر فى ذلك، فإن الوكيل يصدق فى قوله: أعتقت وجعلت، ولا يصدق فى قوله: قبضت الألف، وإن قال بعد إثبات العتق والخلع: قبضت ودفعت إليك، فإنى أصدقه.

١٦٠٢٣- وفى "المنتقى": روى الحسن عن أبى حنيفة: إذا وكّل الرجل رجلا بقبض ماله على فلان، ثم إن الموكل قبض بعض ذلك، ثم إن الوكيل خاصم الغريم، فادعى الغريم قضاء بعض ما كان عليه، وجحده الوكيل، ولا بينة للغريم على ذلك، وأخذ الوكيل منه جميع المال، ثم حضر الموكل، فأقام الغريم بينة بالقضاء، فله أن يأخذ الطالب بذلك إلا أن يكون ذلك قائمًا بعينه فى يد الوكيل، فيأخذ من الوكيل، وإن كان قد ضاع من يد الوكيل، أو قال الوكيل: قد دفعته إلى الطالب، كان له مطالبة الطالب، وقد مرّ شىء من هذا قبل هذا.

وكذلك إذا أقر الطالب أنه قد كان قبضه. وإن كان قد وكله بعد ما قبض حقه، رجع على الوكيل بذلك إن أقام بينة أنه قضى الطالب قبل وكالته، ولا شىء على الطالب فى قولهم. وإن أقر الطالب بذلك، لم يرجع على أحد إلا أن يكون ذلك المال قائمًا بعينه فى يد الوكيل، فيرده عليه.

وفيه أيضًا: إذا وكله بقبض ماله على فلان، ودفع إليه الصك، وقد كان قبض ذلك من قبل، والمسألة بحالها، رجع به إن شاء على الطالب، وإن شاء على الوكيل، فإن رجع به على الوكيل، رجع الوكيل على الطالب.

١٦٠٢٤- وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم، وقال: ادفعها إلى فلان قضاء عنى، فدفع الوكيل غيرها، فالقياس أن يكون متبرّعًا حتى إذا أراد أن يحبس الألف التى دفع إليه لنفسه لا يكون له ذلك، وفى الاستحسان: لا يجعل متبرعًا، وله أن يحبس

الألف التى دفع إليه بحقه، هكذا ذكر فى "الأصل". وجه القياس فى ذلك أنه قضى دينه بغير أمره؛ لأن الدراهم تتعين فى الوكالات بعد القبض، حتى لو هلكت الدراهم المدفوعة إليه، بطلت الوكالة، وإذا تعينت الدراهم المدفوعة فى الوكالة، كان الوكيل مأمورًا بقضاء الدين من تلك الدراهم، فإذا قضى من دراهم نفسه صار قاضيًا بغير أمره، فكان متبرعًا.

وجه الاستحسان: أن الدراهم إن كانت تتعين فى حق الوكالة بعد القبض حتى بطلت الوكالة بهلاكها، لا تتعين فى حق القضاء. ألا ترى أن للمطلوب أن يدفع إلى الطالب دراهم غير ما دفع إلى الوكيل، وألا ترى أن القضاء لا يسقط بهلاكها، وإذا لم يعتبر هذا التعيين فى حق القضاء، صار فى حق القضاء دافعًا حق نفسه، كأنه قال: اقض دينى، فيكون قاضيًا بأمره باعتبار جانب القضاء، ولا يكون متطوعًا، وباعتبار جانب الوكالة يصير قاضيًا بغير أمره، فيكون متبرعًا، فلا يجعل متبرعًا بما ادّى بالشك والاحتمال.

١٦٠٢٥- وإذا وكل الرجل رجلا ليقضى دينه، فباع الوكيل الطالب بها دنانير أو عروضًا، فهو جائز، ويرجع الوكيل على المطلوب بالدراهم، فرق بين هذا، وبين الطالب إذا وكل رجلا بقبض الدراهم التى له على المطلوب، فأخذ مكانها دنانير، فإنه لا يجوز.

والفرق: أن مقصود الطالب من التوكيل بقبض الدراهم تحصيل الدراهم، فمتى قبض الوكيل الدنانير لم تحصل له الدراهم فصار مخالفًا، فأما مقصود المطلوب من التوكيل بقضاء الدين إسقاط ما فى ذمته من الدين بمثله، وقد صار مسقطًا ما فى ذمته؛ لأن القضاء إنما وقع بالدين الذى وجب للوكيل على الطالب بحكم المطالبة[1]، وذلك دراهم، وإذا صار بما فعل مسقطًا ما فى ذمته بمثله، كان موافقًا أمر آمره، فجاز على الآمر، وكان للوكيل الرجوع على المطلوب بالدراهم؛ لأنه صار قاضيًا دينه بالدراهم، لا بما دفع إلى الطالب من الدنانير والعبد.

وفرق بين هذا وبينما إذا دفع المطلوب إلى رجل دراهم، ووكله بأن يقضى دينه،

---

(١) وفى م: "المعاوضة" وفى ف والأصل: "المعارضة".

فباع الوكيل دنانير أو عروضًا من الطالب بدينه، فإنه لا يجوز على الموكل، ويصير الوكيل متطوعًا، حتى لو أراد أن يحبس ما فى يده من الدراهم لنفسه لم يكن له ذلك، وفى الموضعين جميعًا الوكيل مأمور بإسقاط ما فى ذمته من الدين بمثله، وقد فعل؛ لأن القضاء يقع بالدين الذى وجب للوكيل على الطالب بحكم المقاصة، وذلك من جنس الدين الذى على المطلوب.

والفرق أن المقاصة فى المسألتين جميعًا من حكم ما دفع الوكيل، فإنه بسبب دفع الوكيل يجب للوكيل الدين على الطالب، إلا أن المال متى لم يكن مدفوعًا إلى الوكيل، والوكيل بدفع الدنانير أو العروض إلى الطالب بدينه، موافق من وجه مخالف من وجه، من حيث إنه مأمور بدفع مال نفسه، وقد دفع مال نفسه موافق، ومن حيث إنه مأمور بدفع الدراهم؛ لأنه أمره بالقضاء، ولم يدفع الدراهم مخالف، وإذا كان فى الدفع موافقًا من وجه مخالفًا من وجه كان فى المقاصة التى هى حكم الدفع موافقًا من وجه مخالفًا من وجه؛ لأن الحكم لا يخالف السبب، فباعتبار المخالفة يكون متطوعًا؛ لأنه يكون قاضيًا بغير أمره، وباعتبار الموافقة لا يكون متطوعًا؛ لأنه يكون قاضيًا بأمره، فلا يكون متبرعًا بالشك.

فأما إذا كان دفع إليه الدراهم، فدفع الوكيل إلى الطالب دنانير أو عروضًا بدينه، فالوكيل مخالف فيما دفع إليه من كل وجه؛ لأنه أمره أن يدفع دراهمه إلى الطالب، وهو لم يدفع إليه دراهمه، إنما دفع دنانير نفسه، فكان فى هذا الدفع مخالفًا من كل وجه باعتبار المال والنوع، وإذا صار الدفع بغير أمر من كل وجه، فالمقاصة التى هى حكم هذا الدفع يكون كذلك بغير أمره من كل وجه، فصار قاضيًا من كل وجه بغير أمره، فصار متطوعًا.

قياس تلك المسألة من هذه المسألة أن لو دفع الوكيل دراهم نفسه إلى الطالب، ولم يدفع دراهم الآمر، وفى هذه الصورة لا يصير متبرعًا استحسانًا، حتى كان له أن يحبس ما فى يده بما قضى؛ لأنه فى هذا الدفع مخالف من وجه من حيث إنه أمر بدفع دراهم الآمر، ولم يدفع، موافق من وجه من حيث إنه أمر بدفع الدراهم، وقد دفع الدراهم، كما فى مسألتنا، والتقريب ما ذكرنا.

١٦٠٢٦- وفى "نوادر هشام" عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يعطيها غريمه، فأعطاه المأمور غيرها من عنده، أو باعه بها ثوبًا، أو كان للمأمور على الغريم ألف درهم، فجعلها قصاصًا منها، فهذا كله جائز، قال هشام: يعنى لا يكون متطوعًا فيما أدى. قال محمد: وإن دفع إليه غلامًا، وقال: بعه وأعطِه فلانًا ثمنه قضاء له مما علىّ، فأعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل أن يبيعه قضاء مما له على رب الغلام، فهذا متطوع فى هذا.

١٦٠٢٧- وفى الفتاوى: سئل الفقيه أبو بكر عن المديون إذا بعث بالدين على يدى رجل إلى الطالب، فجاء الرجل به إلى الطالب، وأخبره به، فرضى، وقال للذى جاء به: اشتر لى بها شيئًا، فذهب واشترى ببعضه شيئًا، وهلك الباقى، قال: قد قيل: إنه يهلك من مال المطلوب، وقيل: إنه يهلك من مال الطالب، قال محمد: وهو الصحيح؛ لأن الرضى بقبضه فى الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض فى الابتداء، وهذه العلة تشير إلى أن الإجارة تلحق الأفعال، وهو الصحيح.

١٦٠٢٨- المديون إذا دفع ماله إلى رجل ليقضى به دينه، وقال له المديون: ادفع هذا المال إلى فلان قضاء مما له علىّ، وخذ الصك منه، فدفع ولم يأخذ الصك، فلا ضمان عليه، ولو كان قال: لا تدفع هذا المال حتى تأخذ الصك، أو قال: ما لم تأخذ الصك، فدفع قبل أخذ الصك، فهو ضامن، وعلى هذا المشترى إذا دفع ثمن ما اشترى إلى رجل ليدفع إلى البائع، وذكر أخذ الصك فهو على ما ذكرنا من الوجهين.

ولو قال: لا تدفع إلا بمحضر من فلان، فدفع بغير محضر منه، ذكر فى "الأصل": أنه ضامن، قيل هذا إذا كان فلان رفيع القدر، يحتشم الناس مخالفته، أما إذا كان وضيع القدر لايحتشم الناس مخالفته، فلا ضمان؛ لأنه شرط شرطًا لا يفيد من كل وجه.

١٦٠٢٩- قال محمد فى "الجامع": وإذا أمر الرجل أن يقضى عنه دينه، فقال المأمور بعد ذلك للآمر: قد قضيت، فأرجع عليك بذلك، وصدقه الآمر، وكذبه رب الدين، حتى كان له أن يرجع على مديونه بالدين، ولا يرجع المأمور على الآمر بشىء، وإن صدقه فى القضاء؛ لأن القضاء لم يثبت لما حكمنا برجوع رب الدين على المديون.

قال : ولو أن الآمر جحد القضاء ، فأقام المأمور بينة على القضاء ليرجع بذلك على الآمر ، ورب الدين غائب ، قبلت بينته ؛ لأن المأمور يدعى لنفسه حقا فى ذمة الآمر ، فيكون خصمًا فى إثبات سببه ، والآمر ينكر ذلك ، فيكون خصمًا فى إنكار سببه ، ويكون ذلك قضاء على الغائب بالقبض حتى لو حضر وأنكر القبض لا يلتفت إلى إنكاره ؛ لأن الحاضر انتصب خصمًا عنه ، فيتعدى القضاء إليه .

١٦٠٣٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : رجل أمر رجلا بقضاء دينه ، ثم إن الآمر قضى الطالب ماله ، ثم إن المأمور دفع المال إليه ، فإن المأمور يرجع بما دفع على القابض ، ولا يرجع به على الآمر ، فقد أثبت العزل بدفع الآمر حتى لم يثبت للمأمور حق الرجوع على الآمر ، ولم يشترط علم المأمور بدفع الآمر ، وذكر هذه المسألة فى وكالة "الأصل" ، وشرط علم المأمور بدفع الآمر .

وجه ما ذكرنا فى "نوادر ابن سماعة" : أن هذا عزل حكمى لا قصدى ؛ لأنه ما صرح بعزله ، إنما صرح بتصرفه الأداء ، والأداء تصرف فى المؤدى ، وليس بتصرف فى الوكيل ، إلا أن الوكيل ينعزل ضرورة فوات المأمور به ، وهو إسقاط الدين عن ذمته بالدفع ، إذ لا يتصور ذلك بعد ما سقط عنه بأداءه بنفسه بالدفع ، فهو معنى قولنا : إن هذا عزل حكمى ، فلا يتوقف على العلم .

وجه ما ذكرنا فى "الأصل" : أن هذا بمنزلة العزل القصدى فيتوقف على العلم . بيانه : أن أداء الآمر منعٌ له عن الدفع ؛ لأن الأمر بالدفع مؤقت إلى وقت فراغ ذمته عن الدين دلالة ، وقد فرغت ذمته عن الدين ، فهو معنى قولنا : إن هذا بمنزلة العزل القصدى ، فيتوقف على العلم .

قال فى "نوادر ابن سماعة" : وإن أقام بينة يعنى المأمور على أنه كان قضاه بعد الأمر قبل أداء الآمر ، فللدافع أن يرجع بماله ، إن شاء على القابض ، وإن شاء على الآمر .

١٦٠٣١- وفى كتاب الأقضية : رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم ، وإن فلانًا أمر بهذا أن يدفعها إليه من هذه الألف الوديعة التى عنده له ، وجحد المودع الأمر بذلك ، فأقام المدعى بينة على الألف الوديعة والأمر بالدفع ، وقضى

القاضي عليه، فإنه يكون ذلك قضاء على الغائب، وينصب[١] الحاضر خصمًا عن الغائب.

١٦٠٣٢- قال محمد في "الأصل": فإذا قال الرجل لغيره: انقد فلانًا عني ألف درهم، أو قال: اقضِ أو قال: ادفع، أو قال: أعطِ، وذكر "عني" في هذه الألفاظ، ففعل المأمور ذلك، كان له أن يرجع على الآمر بذلك، وكذلك إذا لم يقل: "عني"، ولكن قال: الألف التي له، ففعل المأمور ذلك، كان له أن يرجع على الآمر بذلك، وإن لم يشترط الرجوع والضمان.

فرق بين هذا وبينما إذا قال لآخر: أدّ عنّي زكاة مالي، أو قال: أطعم عني عشرة مساكين عن كفارتي، أو قال: تصدق عني بعشرة دراهم على المساكين، أو قال: هب فلانًا عني ألف درهم، ففعل، لا يرجع على الآمر إلا بالشرط أو بالضمان، ومن حيث الصورة لا فرق؛ لأن الآمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لما أمره أن يقضي عنه؛ لأن القضاء لا يقع عنه إلا بعد وقوع الملك له في المقضي به، فيصير من حيث المعنى، كأنه طلب منه أن يقرضه ذلك القدر، ثم يكون وكيلا عنه في الدفع إلى الغريم، هذا هو الطريق في الرجوع في فصل الدين، وهذا الطريق موجود في فصل الصدقة مع أجناسها، ومع هذا فرق.

والوجه في ذلك أن يقال: ليس طريق الرجوع في فصل الدين الإقراض والاستقراض، وكيف يمكن أن يقال ذلك، وأن القرض والاستقراض عقد ضمان والضمان غير مذكور، ولكن طريقه أن الآمر أمر المأمور بتمليك المال من الغريم عنه، فيثبت ملك الآمر في ضمن ملك الغريم، وملك الغريم في المقبوض يثبت ببدل؛ لأن الديون إنما تقضى بأمثالها، فيصير المقبوض مضمونًا على الغريم، وله على المديون مثله، فيلتقيان قصاصًا، فكذا يثبت الملك للآمر فيه بعوض، فكأنّ الآمر قال له: ملكني هذا القدر بعوض، ثم ادفع إلى فلان، ولو صرح به استحق الرجوع، فههنا كذلك.

أما في فصل الصدقة وأخواتها: الملك للقابض في المقبوض يثبت بغير بدل، فكذلك ملك الآمر فيه يثبت بغير بدل، والملك بغير بدل لا يكون إلا بالهبة أو الصدقة،

---

(١) وفي الأصل وف م: "ينتصب".

فكأنّ الآمر طلب من المأمور أن يهب ذلك القدر منه أو يتصدق به عليه، ثم يتصدق على الفقير بوكالته، ولو نص على ذلك لا يثبت للمأمور حق الرجوع عليه، كذا ههنا.

ولو قال: أنقده ألف درهم عني على أني ضامن لها، أو على أن يكفل بها، أو على أنها لك، أو إليّ، أو قبلي، أو عندي، ففعل المأمور ذلك، كان له أن يرجع على الآمر.

١٦٠٣٣- المأمور بقضاء الدين إذا قضى أجود مما أمر به يرجع بمثل ما أمر به، ولو قضى أردأ مما أمر به، رجع بمثل المؤدى، والوكيل في هذا مخالف الكفيل بالمال، فإن الكفيل بالمال إذا أدى أجود مما كفل به، أو أردأ يرجع بما كفل به.

الفصل التاسع
فى التوكيل بالإنفاق والصدقة

١٦٠٣٤- إذا قال لغيره : أنفق عليّ، فأنفق رجع على الأمر ، وإن لم يشترط الرجوع . فى لقيط شمس الأئمة : وكذلك إذا قال أنفق على أولادى ، فأنفق كان له أن يرجع عليه ، وإن لم يشترط الرجوع . وفى شرح الأقضية : أن الأمر بالإنفاق ، وأداء الخراج والصدقات الواجبات ، وأشباه ذلك ، لا يوجب الرجوع إلا بالشرط إلا رواية عن أبى يوسف .

١٦٠٣٥- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : رجل أمر رجلا أن ينفق على أهله كل شهر عشرة دراهم ، فقال : أنفقت وكذبه الآمر ، فأراد المأمور يمين الآمر ، حلفه القاضى : بالله ما تعلمه أنفق على أهلك كل شهر عشرة دراهم . وهذه المسألة تؤيد ما ذكره شمس الأئمة فى كتاب اللقيط ، تعرف بالتأمل -إن شاء الله تعالى- .

١٦٠٣٦- وفى "نوادر هشام" عن محمد : رجل دفع إلى رجل دراهم ، وأمره أن ينفق على أهله كل شهر كذا وكذا ، فقال الوكيل : أنفقت كذا شهرًا ، وقال الموكل : أنفقت كذا دون ما قال الوكيل ، فالقول قول الدافع ، قال : ولا يشبه هذا الوصى .

١٦٠٣٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ، وقال : تصدق بهذه العشرة على عشرة مساكين ، فتصدق بها على مسكين واحد دفعة واحدة جاز ، قال : هذا على الأمر بالصدقة ، لا على عدد المساكين ، وكذلك لو قال : تصدق بها على مسكين واحد ، فتصدق بها على عشرة . ولو قال : تصدق بها على فقراء مكة ، فتصدق بها على فقراء الكوفة ، ضمن ؛ لأنه سمى له قومًا ووصفهم ، فصار بالدفع إلى غيرهم مخالفًا ، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد ، ولا يشبه هذا العدد ، وسيأتى شيء من هذا فى كتاب الوصايا -إن شاء الله- .

ولو قال : تصدق بها على الضعَفة الذين حطمهم الكبر ، فتصدق بها على

الشواب ضمن ؛ لأنه وصف هؤلاء بالزمانة ، ولو قال : على الشيّب فتصدق بها على الشباب لم يضمن . ولو قال تصدق بها على مساكين أهل خراسان ، فتصدق بها على النبط ، فهو ضامن ؛ لأنه سمّى له جنس مخالف ، ولا يشبه هذا الأبيض والأسود . ولو قال : تصدق على فقراء السند ، أو على السود ، وأراد به الجنس ، فتصدق على غيرهم ضمن ، ولو كان إنما أراد به السود لم يضمن .

١٦٠٣٨- رجل أمر رجلا أن يتصدق عنه بألف درهم له بعينها ، فغصب الوكيل رجلا ألف درهم ، فتصدق بها عن الموكل ، ثم أدى ألف الموكل مكانها كان ذلك جائزاً ، وهكذا روى عيسى بن أبان عن محمد .

المعلى عن أبى يوسف : رجل دفع إلى رجل مالا ، وقال له : ضع هذا المال فى المسلمين حيث ما خيّرنى الله فيه ، فهذا على أهل الحاجة ، وكذلك لو قال : فى جيرانى حيث ما خيرنى الله فيه ، فهو على الفقراء من جيرانه ، ولو قال : فى قرابتى حيث ما خيرنى الله فيه ، فهو على الغنى منهم والفقير -والله أعلم- .

الوكيل بأداء الزكاة إذا أدى بعد ما أدى الموكل بنفسه ، ضمن عند أبى حنيفة ، علم الوكيل بذلك أو لم يعلم ، وعندهما إن علم الوكيل بذلك ضمن ، وإن لم يعلم لا يضمن .

١٦٠٣٩- قال محمد فى "الجامع الصغير" : الرجل إذا دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله ، فأنفق عشرة من عنده ، فالعشرة بالعشرة ، وذكر هذه المسألة فى وكالة "الأصل" ، وذكر فيها القياس والاستحسان ، فقال : القياس أن يكون متبرعًا ، وفى الاستحسان : لا يكون متبرعًا .

١٦٠٤٠- وفى وكالة "العيون" : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليتصدق بها ، فأنفق الوكيل بها على نفسه ، وتصدق بعشرة من مال نفسه عن الآمر ، لم يجز ؛ لأن بالإنفاق صارت الدراهم دينًا فى الذمة ، وما تصدق بها دراهم الوكيل ، لا دراهم الآمر ، ولو كانت الدراهم عنده قائمة ، فلم يتصدق بها ، وتصدق بغيرها ، جاز استحسانًا .

١٦٠٤١- رجل له مالان متفرقان ، غنم وإبل سائمة ، وجبت فيهما الزكاة ، فدفع شاة إلى رجل ، وقال : ادفعها إلى المصدق ، ونوى أحد المالين ، ثم بدا له ، فنوى المال

الآخر، ولم يعلم الوكيل بذلك، فهو على المال الأول، لم يرد بقوله: "نوى أحد المالين" مجرد النية بالقلب، وإنما أراد به التعيين باللسان، بأن قال للمدفوع إليه: ادفعها إلى المصدق ليكون عن غنمي. ولو كان المالان للتجارة، فالنيتان باطلتان، والمؤدى عنهما، وإن ضاع أحد المالين قبل الأداء، فالأداء عن الباقي، وفي الوجه الأول لو ماتت الغنم السائمة قبل أن يؤدي الوكيل الشاة عنه كما أمره الموكل، ثم أدّى لم يقع المؤدى عن الإبل، ولم يضمنها الوكيل، المسألة في وكالة "المنتقى".

ومما يتصل بهذين الفصلين في "المنتقى":

قال هشام عن محمد: قال أبو يوسف: إذا أعطى الرجل رجلا عشرة دراهم، وأمره أن يشتري له ثوبًا، وسمّى جنسه وصفته، فأنفق المدفوع إليه العشرة، واشترى ثوبًا مثل ذلك الثوب بعشرة من عند نفسه، جاز على الآمر.

وفيه أيضًا: ابن سماعة عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم غلة، وأمره أن يشتري بها عبدًا، فاشترى له عبدًا بألف درهم وضح، ونقد من مال نفسه، وقال: أنا أرضى أن أخذ هذه الغلة مكان ألفي التي نقدت، لا يجوز ذلك على الآمر. ولو دفع إليه ألف درهم وضح، وأمره أن يشتري له عبدًا بألف درهم غلة، ونقد من ماله، جاز إذا كان العبد يشترى مثله بألف درهم وضح.

الفصل العاشر

فى التوكيل بالشراء

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منها: فى جهالة جنس ما وكل به:

١٦٠٤٢- رجل أمر رجلا أن يشترى له جارية، فاشتراها، فهى للمأمور، وأمر الآمر باطل، هكذا ذكر فى "الجامع الصغير". أصل هذا أن جهالة جنس ما وكل به إذا كان معقودًا عليه، يمنع صحة التوكيل، بيّن الثمن أو لم يبين، حتى إن من وكل رجلا أن يشترى رقيقًا أو دابة، لا يصح التوكيل، بيّن الثمن أو لم يبين؛ لأن الرقيق أجناس مختلفة؛ لأن اسم الرقيق يتناول الذكر والأنثى، والذكر فى الأنثى فى بنى آدم جنسان مختلفان، ألا ترى أنه لو اشترى شخصًا على أنه عبد، فإذا هو جارية كان البيع باطلا. وكذلك الدابة أجناس مختلفة، فالموكل به مجهول الجنس من كل وجه، وأنه معقود عليه، فمنع جواز التوكيل، وهذا لأن الموكل به إذا كان مجهول الجنس من كل وجه، لا يمكن للوكيل الامتثال؛ لأن ما من جنس مال يشتريه الوكيل إلا وللموكل أن يقول: عنيت جنسًا آخر، وهذه الجهالة لا ترتفع ببيان الثمن، إذ يوجد بما سمى واحد من كل جنس، والأمر بما لا يمكن للوكيل الامتثال به باطل، وجوده والعدم بمنزلة.

وإن كان الموكل به مجهول الجنس من وجه دون وجه، إن بيّن الثمن، أو بيّن النوع، صحت الوكالة، وإن لم يبين واحدًا منهما لا تصح الوكالة، حتى إن من وكلا رجلا أن يشترى له جارية أو عبدًا، إن بيّن النوع، بأن قال: تركى أو هندى، أو بيّن الثمن، صحت الوكالة؛ لأن العبد من وجه جنس واحد؛ لاستواءهم فى منفعة أصل العمل، أجناس مختلفة من وجه، باعتبار منفعة الجمال، فإن الجمال مطلوب فى بنى آدم، ولهذا جعل رؤية الوجه فى بنى آدم كرؤية الكل، وفى هذه المنفعة يختلف الهندى مع التركى، فألحقناه بالنوع الواحد عند بيان النوع والثمن، وألحقناه بالجنس المختلف إذا لم يبين واحدًا منهما عملا بالشبهين، وهذا لأنه إذا بيّن النوع، بأن قال: تركى، فقد اتحد

الجنس باعتبار منفعة العمل ومنفعة الجمال، فإن وصف هذا النوع واحد، وإنما يقع التفاوت فى الكمال، ولا عبرة للكمال، وإذا بيّن الثمن وثمن الهنود معلوم عادة، وثمن الأتراك كذلك، صار بيان الثمن كبيان النوع، حتى قال بعض مشايخنا : إذا كان يوجد بما سمى واحد من كل نوع، لا يصح التوكيل ببيان الثمن ما لم يبيّن النوع . وعن أبى يوسف : أن الوكالة فى هذه الصورة تنصرف إلى مثل ما يليق بحال الموكل .

وأما إذا كان الموكل به معلوم الجنس من كل وجه، إلا أنه مجهول الصفة، فالتوكيل صحيح، بيّن الثمن أو لم يبين، حتى إن من وكل رجلا أن يشترى له شاة أو بقرًا، أو ما أشبه ذلك، صح التوكيل، وإن لم يبين الثمن . وهذا لأن البقر كله جنس واحد، وكذلك الغنم كله جنس واحد؛ لأن المقصود من البقر العمل، وكل البقر فى أصل هذه المنفعة على السواء، والمقصود من الشاة اللحم، وكل الشاة فى أصل هذه المنفعة على السواء، والعبرة فى إثبات المجانسة الاتفاق فى أصل المنفعة، إذ لا نهاية للكمال، فكان معلوم الجنس من كل وجه، إلا أنه مجهول الصفة، لكن جهالة الصفة لا تصح مانعة جواز التوكيل؛ لأن التوكيل إنما جاز توسعة للأمر على الناس، ليصلوا إلى مصالحهم العاجلة إذا لم يمكن للموكل مباشرة ذلك بنفسه، وهذا المعنى يقتضى إسقاط اعتبار بيان الصفة؛ لأن بيان الصفة من كل وجه متعسر، فلو اعتبرنا بيان الصفة يضيق الأمر على الناس، بخلاف جهالة الجنس؛ لأن بيان ذلك متيسر، فلو شرطنا ذلك لا يضيق الأمر على الناس .

وهذا كله فى المعقود عليه، فأما فى المعقود به جهالة الجنس لا يمنع صحة التوكيل، حتى إن من وكل رجلا ببيع عين من أعيان ماله، جاز وإن لم يبين الثمن، وكان له أن يبيع بأى ثمن شاء عند أبى حنيفة، وإنما جاء الفرق لأن المقصود من جانب المعقود به تحصيل المالية دون العين؛ لأن الأصل فى المعقود به الدراهم والدنانير، والمقصود منهما المالية دون العين، حتى لم يتعلق العقد بأعيانهما، والأشياء كلها فى المالية على السواء، فكان الجنس متحدًا، فأما فى جانب المعقود عليه، فالمالية كما هى مقصودة، فالمنافع التى تحصل منها مقصودة أيضًا، وذلك كاللبس فى الملبوس والركوب فى المركوب، والأعيان باعتبار المنافع الحاصلة منها أجناس مختلفة؛ لأن بعض المنافع توجد فى بعض الأعيان دون البعض، وجهالة الجنس فيما هو مطلوب من الأمر يمنع جواز الأمر .

قال : والدور نظير العبيد والجوارى، جنس واحد من وجه، من حيث إن الكل فى منفعة أصل السكنى على السواء، أجناس مختلفة من وجه، من حيث إن منفعة التحصين لا يحصل ببعض الدور من غير مالك، وبالبعض يحصل من غير مالك، فقلنا : إذا بيّن المحلة أو الثمن يجوز التوكيل، وإذا لم يبين واحدًا منهما لا يجوز التوكيل. هذا هو جواب ظاهر الكتاب، وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا : وإن بيّن الثمن، لا يجوز التوكيل ما لم يبين المحلة.

١٦٠٤٣- وفى "المجرد" : إذا قال الرجل لغيره : اشتر لى دارًا بألف درهم، فالوكالة باطلة، ولو قال : اشتر لى دارًا بالكوفة فى موضع كذا، سمّى موضعًا متقاربًا بعضه من بعض، جازت الوكالة، سمى الثمن، أو لم يسمّ.

١٦٠٤٤- وروى هشام عن محمد : إذا أمر رجلا أن يشترى له دارًا بألف درهم، فهذا على مصره الذى أمره فيه، ولو قال : اشتر لى دارًا بالشام بألف درهم، فهذا فاسد؛ لأنه متفاوت.

١٦٠٤٥- وفى "المنتقى" : إذا قال لغيره : اشتر لى خادمًا بألف درهم، فإن الخادم يكون على العبد والأمة، وفى القياس لا يكون على الأمة. وروى بشر عن أبى يوسف : أن هذا على الجارية، وقد يقع على الغلام، والغالب على الجارية.

١٦٠٤٦- وفيه أيضًا : إذا قال لغيره : اشتر لى خادمًا من جنس كذا وكذا، ولم يسمّ ثمنًا، فهو جائز على ما يتعامل عليه الناس فى ذلك الجنس، فإن جاء بشىء من ذلك مستشنع كثير الثمن لا يتعامل عليه العامة، لم يجز على الآمر.

١٦٠٤٧- وإذا وكل رجلا أن يشترى طعامًا، ودفع إليه الدراهم، صح التوكيل استحسانًا، وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها، هكذا ذكر فى "الأصل"، ويحكم الدراهم فى تعيين واحد منها، فإن كانت الدراهم قليلة بحيث لا تشترى بمثلها فى العرف إلا الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الخبز، حتى لو اشترى الخبز يجوز على الآمر، ولو اشترى الحنطة أو الدقيق لا يجوز على الآمر. وإن كانت الدراهم وسطًا بحيث يشترى بها الحنطة أو الدقيق، ولا يشترى بها الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الحنطة، و لو اشترى الخبز لا يجوز على الآمر. وإن كانت الدراهم كثيرة بحيث يشترى

بها الحنطة، ولا يشترى بها الدقيق ولا الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الحنطة، لو اشترى الحنطة يجوز على الآمر، ولو اشترى الدقيق والخبز، لا يجوز على الآمر.

١٦٠٤٨- قال القدورى فى كتابه: إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة، يعلم أن مراده من التوكيل الخبز، فإن كثرت الدراهم، فاشترى الخبز فى هذه الصورة يجوز على الآمر، ولو اشترى بالدراهم شعيرًا، لا يجوز على الآمر، ذكره فى باب السلم. وكذا لو اشترى بها لحمًا أو فاكهة، لا يجوز على الآمر، وهذا استحسان، والقياس أن يدخل فيه كل مطعوم كما فى الوصية، وجه الاستحسان: أن الطعام إذا ذكر مقرونًا بالشراء يراد به فى العرف الحنطة ودقيقها. قالوا: وهذا عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام، فأما فى عرف غير أهل الكوفة: التوكيل ينصرف إلى شراء كل مطعوم. وبعض مشايخ ما وراء النهر قالوا: الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام، كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه، فينصرف التوكيل إليه، دون الحنطة والدقيق والخبز.

١٦٠٤٩- وفى القدورى عن أبى يوسف: لو وكله بشراء لحم بدرهم، فاشترى المطبوخ أو المشوى منه، لم يجز على الآمر إلا إذا كان مسافرًا نزل خانًا. وذكر هذه المسألة فى "المنتقى" رواية إبراهيم عن محمد، وذكر أنه إذا اشترى لحمًا مشويًا لم يجز على الآمر، فإن كان الآمر مسافرًا، استحسن أن يجوز.

١٦٠٥٠- قال فى القدورى: ولحم الطير والوحش يجوز عليه إن كان فى بلد تباع فى أسواقه، ومنه يشترى الناس، وشراء الشاة الحية والمذبوحة لا يجوز على الآمر، وإن سمّى فى الأمر عشرة دنانير إلا أن يكون مسلوخة.

١٦٠٥١- ولو وكّله بشراء البيض، فهو على بيض الدجاج، بخلاف اليمين على أكل البيض، فإنه يقع على بيض الأوز أيضًا.

١٦٠٥٢- وعن الحسن فى البيوع: إذا وكله بشراء دهن، فهو على دهن يباع فى السوق، وكذا إذا قال: فاكهة، فهو على فاكهة يباع فى السوق.

وفى "المنتقى": لو أن رجلا من أهل البادية أمر رجلا أن يشترى له جارية حبشية، ولم يسمّ ثمنًا، جاز له أن يشترى من الضرب الذى يشترى أهل البادية ويشترى لهم،

وإن تعدى ذلك إلى ما لا يشترى أهل البوادى لم يجز، إنما هذا على ما يتعامل أهل ذلك البلد والآمر ونظراءه، وهذا استحسان، وكله بشراء الحنطة، ولم يسمّ كيلا ولا ثمنًا، لا يصح، ولو سمى كيلا أو ثمنًا يصح، وعلى هذا سائر ما يكال أو يوزن فى "الأصل".

١٦٠٥٣- وفى القدورى: ولو وكله أن يشترى له فرسًا أو برذونًا، وسمى له الثمن، فاشترى له رمكة من الخيل، أو البراذين، فهذا لا يجوز على أهل الأمصار، ويجوز على أهل البلدات التى يتخذ فيها الرمال، وهذا على ما يتعامل عليه الناس. وأما البغال فهو على الذكر والأنثى فى الأمصار وغيرها، ما لم يسمّ له ذكرًا أو أنثى. ولو أمره أن يشترى له بغلا لا يلزمه الأنثى. ولو أمره أن يشترى له بغلة، لا يلزمه الذكور. ولو أمره أن يشترى له بقرًا لا يلزمه الأنثى. ولو قال: بعشرة لا يلزمه الذكر وهذا بخلاف ما ذكره فى "الجامع"، فقد ذكر ثمة أن البقرة مع الهاء وبدون الهاء اسم جنس.

وفى بعض الفتاوى: إذا أمر إنسانًا ليشترى له حمارًا، ينصرف الأمر إلى ما يركبه مثل الآمر، حتى إنه لو كان الآمر هو القاضى، فاشترى المأمور حمارًا مقطوع الأذنين أو الذنب لا يجوز، بخلاف ما إذا أمره الفاليزى[1] بذلك.

١٦٠٥٤- قال فى "الزيادات": وإذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له الدواب أو الثياب بألف درهم، ودفع إليه الألف أو لم يدفع، فالتوكيل صحيح؛ لأن هذا اسم جنس، ونحن نعلم يقينًا أنه لم يرد به تعميم الجنس، إذ لا يتهيأ للواحد شراء جميع ما فى العالم من الدواب والثياب، فكان المراد ما يتهيأ له من ذلك الجنس، ويكون دليلا على أنه قطع رأيه، وفوّض الأمر إليه، كأنه قال: اشتر لى ما شئت، أو بدا لك، ولو نص على ذلك كان التوكيل جائزًا، كذا هذا.

وكذلك لو قال: اشتر لى دوابًا أو ثيابًا بألف درهم؛ لأن فى اسم الجنس، المذكور بالألف واللام، والمذكور بغير الألف واللام سواء. ولو وكله أن يشترى له أثوابًا بألف لا يصح؛ لأن هذا اسم جمع، وليس باسم جنس، ألا ترى أن يستقيم قران العدد به،

---

(١) وفى الأصل: "الفانيزى".

يقال : ثلاثة أبواب[1] وأربعة أبواب ، وأقل الجمع الصحيح ثلاثة ، ولو وكله بشراء ثوب لا تصح لمكان الجهالة ، فعند كثرة العدد تكثر الجهالة ، فأولى أن لا يصح .

ولو قال : اشتر لي أي ثوب شئت ، أي دابة شئت ، أي ثلاثة أثواب شئت صح ؛ لأن هذا الكلام للتعميم ، وتفويض الرأي ؛ لأن كلمة أي إذا أضيفت إلى النكرة يراد بها التعميم ، وتفويض الرأي ، وإذا أضيفت إلى المعرفة يراد بها التبعيض .

١٦٠٥٥- ولو دفع إلى رجل ألف درهم ، وقال : اشتر بهذا الألف ، أو قال : اشتر لي بها ، ففي القياس يكون باطلا ، وما اشترى الوكيل من شيء ، فهو له ؛ لأن الآمر لم يبين ما يشترى ، فكان ما يشترى مجهولا ، ألا ترى أنه لو وكله أن يشترى له شيئًا لا يجوز ؛ لأن ما يشترى مجهول ، كذا ههنا . وفي الاستحسان : يكون صحيحًا ، وما اشترى الوكيل فهو للآمر ؛ لأن المفوّض إليه مطلق الشراء ، وليس فيه ما يدل على التخصيص ، فينصرف إلى العموم عملا بإطلاق اللفظ ، وصار بمنزلة قوله : اشتر لي ما بدا لك .

١٦٠٥٦- إذا دفع إلى سمسار ألف درهم ، وقال : اشتر لي بها جاز استحسانًا ، وله أن يشترى بها ما بدا له باعتبار دلالة الإطلاق والعموم ، إلا إذا كان سمسار في نوع خاص ، فحينئذٍ يتقيد بذلك النوع ؛ لأن تخصيصه إياه من بين سائر السماسرة دلالة التقييد بذلك النوع .

١٦٠٥٧- وفي "المنتقى" إبراهيم عن أبي يوسف : إذا أمره أن يشترى له بغلا بدانق ، فاشترى جنسًا واحدًا جاز ، قال ثمة : وكذلك قول محمد ، وفيه أيضًا : الحسن بن زياد عن أبي حنيفة إذا قال : اشتر لي جارية خراسانية ، ولم يسمّ الثمن جاز ، وكذا لو قال : اشتر لي ثوب خز كوفي ، ولم يسمّ ثمنًا جاز ، وكذلك إذا قال : ثوب خز بمائة درهم ، ولم يسمّ الجنس .

---

(١) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل وم : "أثواب" .

نوع آخر
في بيان ما يكون توكيلا وما لا يكون:

١٦٠٥٨- قال محمد في "الزيادات": إذا دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: اشترِ لي بهذا وبع، أو قال: اشترِ بهذا وبع، ولم يقل: لي، كان توكيلا جائزًا، وله أن يشتري ما بدا له ويبيع؛ لأنه فوّض التصرف إليه على الإطلاق والعموم، أكثر ما فيه أنه لم يضف الشراء إلى نفسه في الصورة الثانية إلا أنه أضافه إلى ماله، وفي الوكالات لا فرق بين الإضافة إلى نفسه وبين الإضافة إلى ماله، ألا ترى أن من قال لغيره: اشترِ لي جارية بألف درهم، أو قال: اشترِ جارية بألف درهم من مالي، أو قال: اشترِ جارية بهذه الألف، وأضاف إلى مال نفسه، كان توكيلا صحيحًا، وكذا الإشارة إلى ماله بمنزلة إضافة المال إلى نفسه، وإضافة المال إلى نفسه بمنزلة إضافة العقد إلى نفسه.

١٦٠٥٩- ولو قال: اشترِ جارية بألف درهم، أو قال: اشترِ هذه الجارية بألف درهم، لا يكون توكيلا، إذ لم يوجد ما يدل على التوكيل من إضافة الشراء إلى نفسه أو ماله، فلم يكن توكيلا، بل كان مشورة.

ولو قال: اشترِ هذه الجارية على أن أعطيك على شراءك درهمًا، كان توكيلا؛ لأنه ألحق بآخر كلامه ما يدل على التوكيل، وهو اشتراط الأجر، فإن الإنسان إنما يشترط الأجر على نفسه بعمل يقع له، لا بعمل يقع لغيره، ولكن يجب أجر المثل؛ لأن الاستئجار على الشراء فاسد، ولا يزاد على درهم؛ لأنه قد تم رضاه بهذا القدر.

نوع آخر:

١٦٠٦٠- إذا وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمنها، فاشترى له جارية عمياء أو مقطوعة اليدين، جاز على الآمر عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وتجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين إجماعًا. وفي وكالة "المنتقى" عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه إذا اشترى جارية عمياء، ومثلها يشترى بذلك لم يجز على الآمر، ثم رجع، وقال:

يجوز وهو قول أبي يوسف . ولو وكله بشراء رقبة لم يجز العمياء، وكذا لو وكله بشراء جارية تخدمه، أو سمى شيئًا[1] من الأعمال لم تجز العمياء .

١٦٠٦١- وفي نكاح "المنتقى" : عن محمد عن أبي حنيفة : فيمن أمر رجلا أن يزوّجه امرأة، فزوجه عمياء جاز، وقالا : لا يجوز . قيل لمحمد : إن قال زوجني امرأة سوداء، فزوجه امرأة بيضاء، قال : لا يلزمه، وإن قال : زوجني عمياء، فزوجه بصيرة يجوز، بخلاف الأول ؛ لأن الأول جنس، وكذلك قال في الوكالة بالشراء .

١٦٠٦٢- وفي القدوري : وكله أن يشتري له جارية يطأها، فاشترى أخت الآمر لم يجز . وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد : إذا أمره أن يشتري له جارية يطأها، فاشترى امرأته، أو أخت أم ولده، أو جارية في عدة، فهو جائز . قال ثمة : إذا اشترى جارية قد يحل له وطءها على حال جاز عليه . وفي "نوادر هشام" عن محمد : أنه لا يجوز على الآمر، وعن أبي يوسف : أنه إذا كانت العدة بالشهور لزم الآمر، وفيه أيضًا : إذا اشترى أخت أمة هي عند الآمر، وقد وطئها الآمر، قال : يلزم الآمر ؛ لأن له أن يبيع الأخت .

قال هشام : قلت لمحمد : وله أن يطلق المرأة، قال : يطول ذلك لوجوب العدة، قال : وهما في القياس سواء، لكني أستحسن ذلك .

١٦٠٦٣- وفي "المنتقى" إبراهيم عن محمد : رجل قال لغيره اشتر لي جاريتين أطأهما، فاشترى له جارية وابنتها، جاز الشراء على الآمر ؛ لأن وطءها حلال له، وإنما يحرم عليه إحداهما بوطءه الأخرى، وفي "النوازل" عن أبي يوسف في غير هذه الصورة : أنه إذا اشترى أختين في عقدة واحدة، أو جارية وعمتها، أو خالتها من رضاع أو نسب، فهو مخالف عند أبي يوسف، ولو اشتراهما في صفقتين، فهو ليس بمخالف .

١٦٠٦٤- وفي "النوازل" : إذا أمره أن يشتري له جارية يطأها، فاشترى جارية صغيرة لا توطأ مثلها، أو مجوسية، فهو مخالف، والنصرانية واليهودية تجوز على الآمر، والصابئة تجوز على الآمر في قياس قول أبي حنيفة، وفي قياس قولهما : لا يجوز . ولو اشترى رتقاء، ولم يعلم به، جاز على الآمر، وله حق الرد، ولو كان

---

(١) وفي ظ : "عملا" .

يعلم، فهو مخالف، وكذلك لو لم يعلم وشرط براءة البائع عن كل عيب، وكذلك لو أمره أن يشترى له جارية يعتقها عن ظهاره، فاشترى جارية عمياء، أو مقطوعة اليدين، ولم يعلم نفذ على الآمر، وله حق الرد، ولو كان يعلم، فهو مخالف.

نوع آخر:

اختلف فيه المشايخ، قال أبو طاهر الدباس فى الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل بشراءه: إن الملك يثبت للموكل ابتداء، لا أنه يثبت للوكيل أوّلا، ثم ينتقل من الوكيل إلى الموكل، ألا ترى أن المشترى لو كان قريب الوكيل أو كانت زوجة الوكيل لا يعتق عليه، ولا يفسد نكاحه، ولو كان الملك يثبت للوكيل، أوّلا يعتق عليه، ويفسد نكاحه. وقال الكرخى وجماعة من أصحابنا: الملك يثبت للوكيل أوّلا، ثم ينتقل منه إلى الموكل بشراء حكمى ينعقد بين الموكل وبين الوكيل، إلا أن الملك الذى يثبت للوكيل ملك لا قرار له، كما يثبت له ينتقل إلى الموكل، ومثل هذا الملك لا يكفى[1] لفساد النكاح والعتق عليه. والقاضى الإمام الكبير أبو زيد كان يقول: الوكيل نائب فى حق الحكم، فيثبت الملك للموكل بشراءه ابتداء، كما قاله أبو طاهر، أصيل فى حق الحقوق، فيثبت الحقوق فى حق الحكم للوكيل ابتداء، ثم ينتقل الحقوق من قبله، كما قاله الكرخى.

نوع آخر فى التوكيل بشراء شىء بعينه إذا أراد أن يشترى ذلك الشىء لنفسه:

١٦٠٦٥- قال محمد فى "الأصل": إذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدًا بعينه بثمن مسمى، وقبل الوكيل الوكالة، ثم خرج من عند الموكل، وأشهد أنه يشتريه لنفسه، ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن، فهو للموكل؛ لأن الوكيل بشراء شىء بعينه، لا يملك شراء ذلك الشىء لنفسه على موافقة الآمر، إلا أن يعزل نفسه عن الوكالة قبل الشراء حتى تفيد الوكالة فائدتها؛ لأن فائدة الوكالة أن الوكيل متى باشر ما دخل تحت الوكالة، يكون واقعًا لموكله، فلو وقع للوكيل ما أفادت الوكالة فائدتها. قلنا: ولا يمكنه

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "يكفى".

عزل نفسه قبل الشراء والموكل غائب؛ لأنه عزل قصدى، والعزل القصدى من الوكيل حال غيبة الموكل لا يصح نفيًا للضرر عنه، فإنه قصد شراء ذلك الشيء، وإنما ترك شراءه بنفسه، أو بمن ينوبه اعتمادًا على وكالته، فلو عزل نفسه حال غيبته، واشترى لنفسه تضرر به، فإذا لم يصح عزله وقع الشراء لموكله. وهذا بخلاف ما لو وكل بشراء عبد بغير عينه، إذا اشترى عبدًا، ونوى لنفسه، فإنه يصير مشتريًا لنفسه؛ لأن شراء هذا العبد غير داخل تحت الوكالة لا محالة، بل متردد بين أن يكون داخلا، وبين أن لا يكون، فاحتيج إلى النية ليتعين الشراء لأحدهما.

وأما إذا كان العبد بعينه، فشراءه داخل تحت الوكالة من كل وجه، فمتى أتى به على موافقة الآمر، وقع الشراء لموكله، نوى أو لم ينو، وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرًا، وأشهد أنه اشترى لنفسه، فإنه يكون مشتريًا لنفسه؛ لأنه عزل نفسه مقتضى الإقدام على الشراء لنفسه، وله عزل نفسه حال حضرة الموكل، ولا كذلك حال غيبة الموكل.

ولو اشتراه الوكيل بأكثر من الثمن الأول، أو بجنس آخر، فإنه يصير مشتريًا لنفسه؛ لأن هذا الشراء غير داخل تحت الوكالة، وما لم يدخل تحت الوكالة، فالحال فيه بعد الوكالة كالحال قبلها، وأما الشراء بمثل الثمن المأمور به داخل تحت الوكالة، وما يفعله الوكيل على موافقة الآمر فإنه يقع لموكله، نوى أو لم ينو، حتى يفيد الوكالة فائدتها.

فرقوا بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به، فإنه يجوز على الوكيل، والفرق أن النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت الوكالة؛ لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل، فإن الوكيل بالنكاح يضيف النكاح إلى موكله، فيقول: تزوجتك لفلان، فإذا قال: تزوجتك، فلم يأتِ بالنكاح المأمور به، فنفذ على الوكيل، فأما الداخل تحت التوكيل بشراء شيء بعينه، شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به، لا الشراء المضاف إلى الموكل، وقد أتى بذلك، والوكيل إذا أتى بما دخل تحت الوكالة، فإنه يقع لموكله، فإن كان قد وكل هذا الوكيل رجل آخر بشراء هذا الشيء المعين أيضًا، فاشتراه الوكيل للثانى، فهو للموكل الأول دون الثانى؛ لأن

الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه[1] بمثل المأمور به، فلا يملك لغيره من طريق الأولى؛ لأنه يتصرف على نفسه بولاية أصلية وعلى غيره بولاية عارضية، والولاية الأصلية أقوى من الولاية العارضية.

وهذا إذا قبل الوكالة من الثانى بغير محضر من الأول، فإن قبل بمحضر من الأول، فالمشترى للثانى؛ لأنه يملك الشراء لنفسه بمحضر من الأول. فيملك الشراء لغيره إذا قبل الوكالة بمحضر من الأول، فإن كان الثانى سمى له جنسًا آخر من الثمن، بأن سمى الأول ألف درهم، وسمى الثانى مائة دينار، فاشتراه بمائة دينار، فهو للثانى؛ لأنه يملك الشراء لنفسه بالدنانير بعد ما توكل عن الأول فى شراءه بألف درهم، فيملك الشراء لغيره بالدنانير أيضًا.

١٦٠٦٦- وإن كان الآمر أمره أن يشترى له هذا العبد بعينه، ولم يسم له الثمن، إن اشتراه المأمور بأحد النقدين، إما بالدراهم أو بالدنانير، يصير مشتريًا للآمر، وإن كان نوى الشراء لنفسه، أو صرح به، وإن اشتراه بشيء آخر غير الدراهم والدنانير، يصير مشتريًا لنفسه عند علماءنا خلافًا لزفر؛ لأن مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بأحد النقدين بحكم العرف، فكأنه صرح به.

١٦٠٦٧- ولو وكل الوكيل رجلا ليشترى ذلك الشيء بعينه، فإن كان الوكيل الثانى اشترى ذلك الشيء بعينه للوكيل الأول، يكون للوكيل الأول؛ لأن هذا الشراء لم يدخل تحت الوكالة؛ لأن الداخل تحت الوكالة شراء حضره رأى الوكيل، وهذا شراء لم يحضره رأى الوكيل الأول، فتعذر تنفيذه على الموكل الأول، فنفذ على الوكيل الأول.

قالوا: إنما ينفذ الشراء على الوكيل الأول فى هذه الصورة إذا قال الوكيل الأول للوكيل الثانى: اشتر هذا الشيء لى، أو قال: اشتر لى هذا الشيء، فأما إذا قال: اشتر لموكلى فلانًا، فاشتراه الوكيل الثانى فهو للوكيل الثانى لا للوكيل الأول. فأما إذا اشترى الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الأول، فإن اشتراه بمثل الثمن الذى هو داخل تحت الوكالة الأولى بأقل منه، ينفذ على الآمر الأول، وإن اشتراه بأكثر من الثمن الأول، أو بجنس آخر، ينفذ على الوكيل الأول؛ لأن هذا شراء حضره رأى الوكيل الأول، فكأن الوكيل

---

(١) وفى ف: "بمثل الثمن المأمور به".

الأول اشتراه لنفسه، وهناك الجواب على التفصيل الذى قلنا، فههنا كذلك. فإن كان الآمر قال للوكيل الأول: اعمل فيه برأيك، فوكل الأول رجلا آخر، فاشتراها بغيبة الوكيل الأول بمثل ذلك الثمن ينفذ على الآمر الأول، ولا يكون للوكيل الأول.

١٦٠٦٨- قال: ولو أن رجلا وكل رجلا أن يشترى له شيئًا بعينه بثمن مسمى، فاشتراه بمثل ذلك الثمن حتى صار مشتريًا للآمر، ثم وجد بالمشترى عيبًا، فرده على بائعه، ثم أراد أن يشتريه لنفسه، فإن كان الرد بعد القبض بقضاء، أو قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، لا يملك الوكيل أن يشتريه لنفسه، إلا إذا اشتراه بجنس آخر، أو بمثل ذلك الثمن، ولكن بالزيادة عليه؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، وبغير قضاء فسخ من كل وجه فى حق الناس كافة، فانفسخ العقد الأول فى حق الناس كافة، فصار وجوده والعدم بمنزلة، فكأنه لم يوجد ذلك العقد، ولو لم يوجد ذلك العقد، وأراد الوكيل أن يشتريها لنفسه، كان الجواب كما قلنا، كذا ههنا.

وإن كان الرد بعد القبض بغير قضاء كان له أن يشتريها لنفسه، ويصير المشرى له بأى ثمن اشتراه؛ لأن الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد فى حق الثالث، والموكل ههنا ثالث، فصار فى حق الموكل كأن الوكيل اشتراها ثانيًا، ولو اشتراها ثانيًا كان يبقى الشراء الأول للموكل على حاله، كذا ههنا، وإذا بقى الشراء الأول انتهت الوكالة بالشراء الأول، فلم يبقَ وكيلا وقت هذا الشراء، فيصير مشتريًا لنفسه بأى ثمن اشترى، كما لو انعدم هذا التوكيل أصلا.

١٦٠٦٩- وفى وكالة "الأصل": الوكيل بشراء شىء بعينه بألف درهم إذا اشترى بألف ومائة، ثم حط البائع المائة عن المشترى، فالعبد للوكيل دون الموكل.

١٦٠٧٠- وفى شركة "العيون": إذا قال لآخر: اشتر لى جارية فلان، فلم يقل المأمور: نعم، ولم يقل: لا، فذهب المأمور، وساوم فلانًا، ثم قال عند الشراء: اشهدوا أنى اشتريتها لفلان سمى الآمر، فهى للآمر، فهذا قبول الوكالة، ولو قال عند الشراء: اشهدوا أنى اشتريتها لفلان، فإن قال: ذلك قبل أن يحدث بها عيب، أو قبل أن يموت، قبل قوله، وإن قال بعد ما هلكت أو حدث بها عيب، لا يقبل قوله، إلا أن يصدقه الآمر، هذا كله رواية الحسن عن أبى حنيفة.

نوع آخر
يتصل بهذا النوع:

١٦٠٧١- ذكر في شركة[1] القدوري : إذا قال الرجل لآخر : اشتر عبد فلان بيني وبينك ، فقال : نعم ، ثم لقي المأمور رجل آخر ، فقال له : اشتر عبد فلان بيني وبينك ، فقال : نعم ، ثم اشتراه المأمور ، فهو بين الآمرين ، ولا شيء للمأمور ؛ لأن الأمر من الأول انصرف إلى النصف ، ومن الثاني انصرف إلى النصف الآخر ؛ لأن الوكيل في مثل هذه الصورة لا يملك عزل نفسه عن الوكالة بغير محضر من الموكل .

ولو لقيه ثالث قبل الشراء ، فقال له : اشتر عبد فلان بيني وبينك ، فقال : نعم ، ثم اشتراه المأمور ، فإن كان المأمور قبل الوكالة بمحضر من الأوّلين ، فالعبد بين المأمور وبين الثالث نصفان ، ولا شيء للأوّلين من العبد ، وإن كان قبل الوكالة من الثالث بغير محضر من الأولين ، فالعبد بين الأوّلين نصفان ؛ لأنه قبل الوكالة من الأول في النصف ، ومن الثاني في النصف ، وقبوله الوكالة من الثالث عزل لنفسه عن وكالة الأوّلين ، وهو لا يملك عزل نفسه حال غيبة الأولين ، ويملك حال حضرتهما ، فإذا قبل الوكالة من الثالث حال غيبتهما عن وكالتهما ، فكان المشترى بينهما ، وإذا قبل الوكالة من الثالث حال حضرتهما ، فقد انعزل عن وكالتهما ، وصار وكيلا عن الثالث بشراء النصف ، فكان المشترى بين الثالث وبين المأمور .

نوع آخر:

الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه ، وإن لم يدفع إليه الموكل بعد ؛ لأن الثمن يجب بالعقد ، وهو الذي باشر العقد . ثم إن أكثر مشايخنا ذكروا أن المسألة على الخلاف بيننا وبين الشافعي ، وذكر شيخ الإسلام : أن المسألة على الوفاق ، وأجمعوا أن الوكيل بالصرف ، يقبض ما اشترى ويسلم البدل . وللوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي الثمن من مال نفسه ؛ لأن رجوع الوكيل على الموكل بحكم

(١) هكذا في ظ وم ، وكان في الأصل وف : "في شرح القدوري" .

بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل، كأن الوكيل اشتراه لنفسه، ثم باعه من الموكل، ولو كان هكذا كان للوكيل أن يرجع على موكله، وإن لم يرجع البائع على الوكيل، كذا ههنا. وللوكيل أن يحبس المشترى من الموكل إلى أن يأخذ منه ما نقد؛ لأن الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من الوكيل، وللبائع حق الحبس من الوكيل إلى أن يستوفى الثمن، فكذا للوكيل.

وإن هلك المشترى فى يد الوكيل قبل الحبس، هلك على الموكل من غير ضمان على الوكيل، وإن هلك بعد الحبس، قال زفر: يضمن الوكيل قيمته للموكل كالغاصب يهلك عنده المغصوب، وعند أبى حنيفة ومحمد: يهلك الثمن بهلاك المبيع قبل القبض، وعند أبى يوسف: يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين لو كان الثمن أكثر، يرجع الوكيل على الموكل بالفضل.

ولم يذكر محمد فى شىء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن، وسامحه البائع، وسلم المبيع إليه، هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفى الدراهم منه، وحكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى: أن له ذلك، وإنه صحيح؛ لأن حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الدراهم ليس لأجل ما نقد، بل لأجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل، وهذا المعنى لا يختلف بينما بعد نقد الوكيل الثمن، وبينما قبل نقده ذلك.

١٦٠٧٢- وفى "النوازل": الوكيل بشراء الجارية بالألف إذا اشتراها بالألف كما أمر، ونقد الألف، وقبضها، ولم يحبسها عن الآمر حتى نقد الآمر خمسمائة، ثم طلبها منه فمنعها، فهلكت فى يده، سلم للوكيل الخمسمائة المقبوضة، ويطلب الباقية عن الآمر، ولو كان حبسها فى الابتداء، فعليه رد المقبوضة أيضًا.

١٦٠٧٣- وفى "الإملاء" عن محمد: الوكيل إذا اشترى عبدًا بألف درهم سنة، وقبضه فلم يقبضه الآمر حتى حل المال، وأخذ البائع الوكيل به، فأراد الوكيل منعه من الموكل حتى يعطيه الثمن، لم يكن له ذلك، ولو منعه صار غاصبًا ولو قبضه الآمر، ثم حضر الوكيل، وأخذه بغير محضر من الآمر، ولم يذكر أنه يأخذه حتى يعطيه الثمن، فمات فى يده، بطل الثمن عن الآمر، واجعل الأخذ منه منعًا للعبد كأنه منعه حتى يعطيه

الثمن .

ولو كان الآمر أمره أن يشترى له جاريتين كل جارية بألف درهم ، أو أمره أن يشتريهما جميعًا بألف درهم ، فاشتراهما وقبضهما ، ثم إن الآمر طلب منه إحداهما بعينها ، فمنعها إياه حتى ماتت ، بطل ثمنها عن الآمر . فإن قال الآمر : لا حاجة لى فى الباقية ، لا يلتفت إلى قوله ، ولزمته بحصتها .

فإن لم تمت التى منعها إياه الوكيل ، ولكن ماتت الأخرى ، فالباقية لازمة للآمر ، وعليه ثمنهما جميعًا ، ولو كان الآمر أمره أن يشترى جاريتين : إحداهما بألف درهم حالة ، والأخرى بألف درهم إلى سنة فى صفقة واحدة ، فاشتراهما كما أمر به ، وقبضهما ، فطلبهما منه الآمر ، فمنعهما إياه حتى يعطيه الثمن ، فليس له ذلك ، ولكن يعطيه الجارية التى ثمنها إلى أجل ، فإن منعها إياه ، يعنى التى ثمنها إلى أجل معلوم ، حتى ماتت ، فعليه قيمتها للآمر ، وأما الأخرى فله أن يمنعها إياه حتى يعطيه الثمن ، فإن منعها إياه حتى ماتت ، فقال الآمر : لا حاجة لى بالتى ثمنها إلى أجل ، لا يلتفت إلى قوله ، ولكن لزمته بألف إلى أجل ، وكذلك لو وكل أن يشتريهما له بألفين حالتين ، فاشتراهما كذلك ، فلم يمنعهما عن الآمر حتى أخر البائع المشترى بثمن إحداهما ، كان هذا والأول سواء فى جميع ما وصفت لك .

قال : ولا يشبه المشترى الوكيل فيما بينه وبين الآمر البائع فى هذا ، فإن من باع جاريتين بألف درهم حالتين ، فلم يقبضهما المشترى ، حتى أخره البائع بثمن إحداهما ، لم يكن للمشترى أن يقبض واحدة منهما حتى يعطى الثمن الحال ؛ لأن الوكيل المشترى إنما يكون فيما بينه وبين الموكل بمنزلة البائع بعد المنع ؛ لأنه بالمنع يصير كالبائع من الآمر ، أما قبل المنع فلا ، فلا جرم إذا وجد المنع من الوكيل ، بأن اشترى جاريتين بألفى درهم حالتين ، وقبضهما فطلبهما منه ، فمنعهما عنه حتى يعطيه الثمن ، ثم إن البائع بعد ذلك أخر ثمن إحداهما عن الوكيل المشترى سنة ، فذلك تأخير عن الآمر أيضًا ، فإن أراد الآمر أخذ التى أخر البائع ثمنها من المشترى قبل أن يعطيه ثمن الأخرى ، لم يكن له ذلك ، وصار المشترى الوكيل[1] فيما بينه وبين الآمر فى هذا نظير البائع ، ولو كان البائع وهب

(١) وفى م : "من الوكيل" .

ثمن إحدى الجاريتين من الوكيل قبل المنع أو بعده، فأراد الآمر أخذ واحدة من الجاريتين، فمنعه المشترى حتى يأخذ ثمنها، فله ذلك، وكذلك لو وهب البائع الثمنين جميعًا من الوكيل، فللوكيل أن يمنع الجاريتين من الموكل حتى يعطيه الثمنين جميعًا.

نوع آخر فى هلاك الثمن فى يد الوكيل واستهلاكه إياه وفى هلاكه قبل التسليم:

١٦٠٧٤- قال محمد فى "الزيادات": رجل قال لغيره: اشتر لى بهذه الألف الدرهم جارية، وأراه الدراهم، ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم، لزم الموكل الأصل، إذ الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف؛ لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء، وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل يتعين؟ اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها؛ لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء، فتعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير يتعينان فى الشراء بعد التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء، ولأن يد الوكيل يد أمانة، والدراهم والدنانير يتعينان فى الأمانات. وعامتهم على أنها لا تتعين.

وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان: أحدهما: توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، فإن العرف الظاهر بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل، يريد شراء حال قيام الدراهم فى يده، والثانى: قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين، دينًا للبائع على الوكيل، ودينًا للوكيل على الموكل، فحين أمر الموكل الوكيل بالشراء، ودفع إليه نقدًا، فقد أمره بأن يستوفى دينه مما نقد، فبعد ذلك إن كان ما نقد يصلح لاستيفاء ما وجب للوكيل على الموكل، صح الأمر بالاستيفاء، كما صح الأمر بالشراء، وإن كان لا يصح يبطل الأمر بالاستيفاء، وبقى الأمر بالشراء على حاله، وصار وجود التقدم والعدم بمنزلة، كأنه أمره بالشراء ولم ينقد له شيئًا، وكذلك لو لم يسرق الدراهم، ولكن صرفهاالموكل إلى حاجة نفسه، كان الجواب كما قلنا: فى فصل السرقة، للمعنى الذى ذكرنا ثمة.

ولو كان الموكل دفع الدراهم إلى الوكيل، فسرقت من يد الوكيل لا ضمان على الوكيل؛ لأن الوكيل أمين فيما يقبض قبل الشراء، فإن اشترى الوكيل بعد ذلك جارية بألف درهم، نفذ الشراء على الوكيل؛ لأنه لم يبق وكيلا بعد هلاك تلك الدراهم، لتعلق الوكالة بتلك الدراهم المنقودة عند بعض المشايخ، ولتوقت بقاء الوكالة ببقاء تلك الدراهم أمر حكمى عند عامة المشايخ، ويستوى أن يعلم الوكيل بهلاك الدراهم، أو لم يعلم؛ لأن بطلان الوكالة بهلاك تلك الدراهم، فيستوى فيه العلم وعدم العلم.

ولو دفع إليه ألف درهم، وأمره أن يشترى له بها جارية، فهلك منها خمسمائة فى يد الوكيل، وبقى خمسمائة، فاشترى الوكيل بعد ذلك جارية بألف درهم، يصير مشتريًا لنفسه؛ لأن الوكالة قد بطلت، أو انتهت نهايتها بقدر ما هلكت، وبقيت بقدر ما لم يهلك، فبقى وكيلا بشراء الجارية بخمسمائة، والوكيل بشراء الجارية بخمسمائة إذا اشترى جارية بألف درهم ينفذ الشراء على الوكيل، كذا ههنا. فإن اشترى جارية بخمسمائة إن كانت تساوى خمسمائة يصير مشتريًا لنفسه، وإن كانت تساوى ألف درهم أو أقل قدر ما يتغابن الناس، يصير مشتريًا للموكل؛ لأنه لما أمره بشراء جارية بألف درهم، فقد بين أن مقصوده جارية قيمتها ألف درهم، فإذا اشترى جارية تساوى ألف درهم، فقد حصل مقصوده، فإذا اشترى جارية تساوى خمسمائة، فقد أعرض عن مقصوده.

وكذلك لو دفع إليه كيسًا فيه دراهم، وقال له: اشتر لى[1] بهذه الألف الدراهم التى فى هذا الكيس، فنظر الوكيل إلى الكيس، فإذا فيه خمسمائة، ثم هلك الكيس مع ما فيه، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم، يصير مشتريًا لنفسه؛ لأن الموكل لما نقد خمسمائة توقت بقاء الوكالة فى القدر المنقود عند عامة المشايخ، فإذا هلك المنقود انتهت الوكالة فى حقه، وبقيت فى حق ما لم ينقد، وذلك خمسمائة، فبقى وكيلا بشراء الجارية بخمسمائة، فإذا اشترى جارية بألف درهم نفذ الشراء على الوكيل. وإن اشترى جارية بخمسمائة، فهو على التفصيل الذى ذكرنا.

١٦٠٧٥- وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشترى له بها جارية،

(١) هكذا جميع النسخ وأما فى ظ: "اشتريه".

أو شيئًا آخر بعينه ، فهلكت الدراهم فى يد الوكيل قبل أن ينقده ، فهذا على وجهين : إن هلكت الدراهم قبل الشراء ، ثم اشترى الوكيل بعد ذلك ما أمره بشراءه ، نفذ الشراء على الوكيل ، وإن هلكت الدراهم بعد الشراء ، فالشراء يكون واقعًا للموكل ، ويرجع بمثل ذلك على الآمر . هذا إذا اتفقا على الهلاك قبل الشراء أو بعده ، فأما إذا اختلفا فى ذلك ، فالقول قول الآمر مع يمينه على علمه . ولو لم يهلك الدراهم حتى نقدها الوكيل ، فجاء رجل واستحقها من يد البائع ، رجع البائع على الوكيل ، ورجع الوكيل على الموكل ، وهذا وفصل الهلاك سواء .

ولو هلكت الدراهم فى يد الوكيل بعد الشراء ، ورجع بها على الآمر ، وأخذ منه ثانيًا ، فهلك المأخوذ ثانيًا فى يد الوكيل ، لم يرجع على الآمر بعد ذلك ، وكذلك لو قبض الوكيل الدراهم من الموكل ابتداء بعد الشراء ، وهلكت فى يده ، لم يرجع بها على الآمر ، وينقد الثمن للبائع من مال نفسه . فرق بين المنقود قبل الشراء إذا هلكت بعد الشراء ، وبين المنقود بعد الشراء إذا هلك ، فجعل المنقود قبل الشراء إذا هلكت بعد الشراء هالكًا على الموكل ، وجعل المنقود بعد الشراء إذا هلك هالكًا على الوكيل .

والفرق أن ما يقبض الوكيل من الموكل قبل الشراء أمانة فى يد الوكيل ؛ لأنه قبضه بإذن مالكه ، لا لنفسه ، فإنه لا حق له على الموكل حين قبض المال ، والأمانة هلاكها على مالكها لا على الأمين ، أما ما يقبضه من الموكل بعد الشراء فهو مضمون عليه ؛ لأنه يقبضه لنفسه بجهة استيفاء ما وجب له على الموكل بعقد الشراء ، والمستوفى مضمون على المستوفى ، فلهذا افترقا .

١٦٠٧٦- قال محمد فى "الجامع" : رجل دفع إلى رجل ألف درهم ، وأمره أن يشترى بها جارية له ، فاشترى ، ثم وجد الوكيل الدراهم زيوفًا أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصًا ، وجاء بها إلى البائع ليدفعها إليه ، فلم يقبلها البائع ، وضاعت فى يد الوكيل ، ضاعت من مال الآمر ، ويرجع الوكيل على الآمر بألف جياد ، ويدفعها إلى البائع . ولو كان البائع قبض الدراهم من الوكيل ، ثم وجدها على ما وصفنا ، وردها على الوكيل ، فضاعت فى يد الوكيل ، إن وجدها زيوفًا أو نبهرجة كان الهلاك على الوكيل ، فيغرم الوكيل ألفًا جيادًا من مال نفسه ، ولا يرجع على الموكل ؛ لأن الوكيل بالقضاء إلى

البائع، صار مقضيّا دينه الذى وجب له على الموكل؛ لأنه صار قاضيًا دينًا على نفسه للبائع، والدين إنما يقضى من ملك من عليه الدين، فجعل مقضيّا دينه من الوكيل مقتضى القضاء إلى البائع ليصير الوكيل قاضيًا دين نفسه من مال نفسه، فصارت الأمانة مضمونة على الوكيل بالاقتضاء، فبعد ذلك إن انتقض قضاء الوكيل برد البائع عليه لا ينتقض اقتضاء الوكيل، إذ اقتضاء الوكيل دينه من الموكل ينفك عن قضاء الوكيل دين البائع.

وإن كانت الدراهم ستوقة أو رصاصًا، وباقى المسألة بحالها، كان الهلاك من مال الموكل؛ لأن فى الستوقة والرصاص الوكيل لم يصر مقتضيًا دين نفسه من الموكل فى ضمن قضاء دين البائع، ولم يصر هو قاضيًا دين البائع؛ لأن الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم، ولا كذلك الزيوف والنبهرجة. ثم فى الستوقة والرصاص إذا هلكت الدراهم فى يد الوكيل يرجع الوكيل على الموكل بألف جياد، فيدفعها إلى البائع، فإذا قبضها الوكيل، لو هلكت فى يده قبل أن يدفعها إلى البائع، هلكت من مال الوكيل؛ لأن القبض الأول جعل وجوده كعدمه، فكأنه وكله بشراء جارية بألف درهم، ولم ينقد شىء، فاشترى الوكيل، ثم نقد الأمر، فهلك المنقود، وهناك يهلك المنقود على الوكيل، وقد مرت المسألة من قبل هذا، كذا ههنا.

١٦٠٧٧- قال محمد فى "الجامع الصغير": رجل أمر رجلا أن يشترى له جارية بألف درهم، فاشتراها الوكيل ولم يقبضها، ولم يدفع الثمن إلى البائع حتى أعطى الآمر الوكيل الثمن لينقده، ثم إن الوكيل استهلك الثمن، وهو معسر، فللبائع أن يمنع جاريته إلى أن يستوفى الثمن، ليس للبائع أن يأخذ الآمر بالثمن؛ لأنه ما جرى بينهما عقد، وحقوق العقد لا ترجع إلى غير العاقد. وليس للوكيل على الآمر سبيل؛ لأنه قد استوفى حقه منه بعد وجوب حقه.

فإن نقد الآمر الثمن مع أنه ليس عليه أخذ الجارية، وليس للبائع أن يأبى؛ لأن الثمن وإن وجب على الوكيل للبائع إلا أن الجارية ملك الآمر، وقد صارت محبوسة عند البائع، فكأن الآمر مضطر فى قضاءه، فهو بمنزلة من استعار من آخر ثوبًا ليرهنه بدينه ورهن، ثم إن المعير قضى دين المستعير، يجبر المرتهن على القبول؛ لكونه مضطرًا

في القضاء، كذا ههنا، ثم يرجع الآمر على الوكيل بالثمن؛ لأن الآمر إنما دفع إليه الثمن لتسليم الجارية للآمر بمقابلته، فإذا آل الأمر إلى أن لا يسلم له الجارية بذلك الثمن، لم يكن راضيًا به، فكان له حق الرجوع. وإن لم ينقد الآمر الثمن، فالقاضي يبيع الجارية بالثمن إذا رضي البائع والآمر بالبيع بالاتفاق، وإذا لم يرضَ كل واحد منهما بالبيع، أو لم يرضَ الآمر، فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: لا يبيع من غير رضى الآمر، بناء على أن للقاضي أن يبيع مال المديون بدينه من غير رضاه عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: ليس له ذلك.

فإن قيل: الجارية ملك الآمر في الحقيقة، وليس على الآمر شيء من الثمن، فكيف يبيعها القاضي بدين ليس على الآمر من غير رضى الآمر. قلنا: بلى الجارية ملك الآمر، إلا أن الثمن متعلق بها حتى كانت محبوسة به، ويسقط الثمن بهلاكها، فإذا تعذر الاستيفاء من الموكل؛ لأنه ليس بعاقد، ومن الوكيل؛ لأنه معسر، يجب إيفاءه من ماليتها، فإذا باعها القاضي، فإن كان في الثمن الثاني فضل على الأول، فهو للآمر؛ لأنه بدل ملكه، وقد فرغ عن الدين. وإن كان فيه نقصان، فالبائع يرجع بالنقصان على الوكيل لا على الآمر؛ لأن الآمر ليس بعاقد، ثم الآمر يرجع على الوكيل بما كان قبض منه من ثمن الجارية؛ لما قلنا قبل.

نوع آخر في تأخير الثمن عن الوكيل وحطه عنه وهبته منه وما يتصل بذلك:

١٦٠٧٨- الوكيل بشراء شيء بعينه إذا اشترى، ولم ينقد الثمن، حتى آخر البائع الثمن عن الوكيل صح، ويثبت التأخير في حق الموكل، حتى لا يكون للوكيل أن يرجع على الموكل قبل حلول الأجل. أما صحة التأخير عن الوكيل؛ لأن الثمن في حق المطالبة على الوكيل حتى كان مطالبة البائع بالثمن على الوكيل، فيصح التأخير عنه.

وأما ثبوت التأخير في حق الموكل، فقد قال بعض مشايخنا: هذا إذا كان التأخير مشروطًا في أصل العقد، أما إذا لم يكن مشروطًا في أصل العقد، لا يثبت في حق الموكل. وبعضهم قالوا: يثبت التأخير في حق الموكل على كل حال، وإطلاق لفظ

محمد دليل عليه. وكان ينبغى أن لا يثبت التأخير فى حق الموكل؛ لأن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل حكمًا، ولو كان باع منه حقيقة، فما يثبت من التأخير فى حقه، لا يثبت فى حق من اشترى منه، كذا ههنا.

والدليل عليه أن التأخير الثابت فى حق المشترى بعد البيع لا يثبت فى حق الشفيع؛ لأن المشترى بمنزلة البائع من الشفيع، كذا ههنا.

والجواب عنه أن بيع الوكيل من الموكل ليس يثبت مقصودًا، وإنما يثبت حكمًا لشراءه، فإنه كما لو اشترى صار بائعًا من الموكل، من غير أن يتخلل بين شراءه من البائع، وبين بيعه من الموكل فعل مختار، وإذا كان بيعه من الموكل يثبت حكمًا لشراءه، يثبت بالثمن الذى كان ثمنًا فى شراءه؛ لأن ما يثبت حكمًا لغيره يكون تبعًا، وحكم التبع لا يفارق حكم الأصل، بخلاف الشفيع؛ لأن بيع الشفيع من المشترى لا يثبت حكمًا لشراءه، وإنما يثبت بأخذ يوجد من الشفيع عن اختيار، فيكون ما يثبت من البيع بينهما مقصودًا، فما يثبت من الأصل فى شراءه، لا يثبت فى حق الشفيع.

١٦٠٧٩- وإن حطّ البائع عن الوكيل بعض الثمن، فإنه يحط عن الموكل ذلك، ولو حطّ البائع عنه جميع الثمن، لا يظهر ذلك فى حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن.

والفرق: وهو أن حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد؛ لأن التحاقه بأصل العقد لايوجب فساد العقد، ويصير كأن العقد من الابتداء ورد على ما وراء المحطوط، أما حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد؛ لأن التحاقه بأصل العقد يوجب فساد العقد، فاقتصر على الحال، فلا يظهر أن العقد عقد بدون الثمن حتى يظهر ذلك فى حق الموكل.

١٦٠٨٠- ولو وهب البائع بعض الثمن من الوكيل، يظهر ذلك فى حق الموكل حتى لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل بذلك القدر؛ لأن هبة بعض الثمن حط. ولو وهب كل الثمن منه، لا يظهر ذلك فى حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن، ولو أبرأه البائع عن جميع الثمن، لم يذكر محمد هذا الفصل فى "الأصل"، إنما ذكره فى "الزيادات"، وجعل الجواب فيه كالجواب فى هبة جميع الثمن،

حتى قال : للوكيل أن يرجع على الموكل فى الفصلين جميعًا ، فيحتاج إلى الفرق بين الوكيل والكفيل[١] ، فإن الطالب إذا أبرأ الكفيل مما عليه ، لا يرجع على المكفول عنه بما يكفل ، وإذا وهب من الكفيل ما عليه ، كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه بما كفل .

والفرق : أن الوكيل إنما يرجع على الموكل ليبيعه منه ما اشترى منه حكمًا ، ولو باع منه ما اشترى حقيقة ، كان له الرجوع عليه على كل حال ، فكذا إذا باع منه حكمًا . أما رجوع الكفيل على المكفول عنه باعتبار ملك ما فى ذمة المكفول ، ولهذا لا يرجع الكفيل على المكفول عنه قبل الأداء بنفسه ؛ لأن قبل الأداء لا يملك ما فى ذمته . قلنا : وبالهبة يملك ما فى ذمته ، أما بالإبراء لا يملك ما فى ذمته ، وهو الفقه ؛ لأن الواجب بعقد الكفالة فى ذمة الكفيل مجرد المطالبة ومجرد المطالبة ليس بمال ، ولا قابل للملك ، وإنما يعتبر الملك ما فى ذمته ضرورة تصرف لا يصح إلا فى المال ، والإبراء يصح فى غير المال ؛ لأنه فى وضعه للإسقاط ، ويصح إسقاط ما ليس بمال ، فكان إبراء الكفيل إسقاطًا محضًا ، ولهذا لا يرتد بالرد . وأما الهبة فموضوعة للتمليك لاصحة لها إلا فى المال ، فيعتبر ما فى ذمته مالا ضرورة تصحيح الهبة ، فيملك ما فى ذمته ، وإذا أبرأ يعتبر ما فى ذمته مجرد المطالبة ، فيكون إسقاطًا محضًا ، فلا يملك شيئًا بهذا الإبراء .

١٦٠٨١- عن الحسن بن زياد : فى الوكيل بالشراء بألف إذا اشترى كذلك ، فوهب البائع من الوكيل خمسمائة من الثمن ، ثم وهب منه الخمسمائة الأخرى ، رجع الوكيل على الموكل بالخمسمائة الثانية دون[٢] الأولى ؛ لأن الأول حط والثانى هبة . ولو وهب له تسعمائة ، ثم وهب له المائة الباقية ، لا يرجع على الموكل إلا بالمائة ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

نوع آخر فى إشهاد المشترى أن العبد المشترى لفلان ثم يمنعه من فلان:

١٦٠٨٢- قال محمد فى "الأصل" : رجل اشترى عبدًا ، وأشهد أنه اشتراه

(١) وفى ف : "بين الوكيل وبين الكفيل" .

(٢) هكذا فى الأصل وفى ظ ، وكان فى ف وم : "بالخمسمائة الأولى دون الثانية" .

لفلان، فقال فلان: قد رضيت، ثم أراد المشترى أن يمنعه منه، كان له ذلك، قالوا: هذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: أن يشهد قبل الشراء أن يشتريه لفلان، ثم اشترى بعد ذلك، وأطلق الشراء إطلاقًا، وقال: اشتريت، وفي هذا الوجه نفذ الشراء على المشترى؛ لأنه حين اشترى لم يكن وكيلا من جهة فلان بهذا الشراء، وهو من أهل الشراء، فينفذ الشراء عليه، فلا ينتقل إلى ففلان بمجرد إجازته ورضاه، إلا أن يرضى الوكيل، فيسلم العبد إلى فلان، ويأخذ منه الثمن، فينعقد بينهما بيع جديد بالتعاطى، وتصير الجارية لفلان بحكم البيع المنعقد بالتعاطى، لا أنه ينتقل ما نقد على المشترى إلى فلان.

الوجه الثانى: أن يشهد بعد الشراء أنه اشتراه لفلان، ورضى به فلان، والجواب فى هذا الوجه نظير الجواب فى الوجه الأول، للمعنى الذى ذكرنا، إلا أن يسلم المشترى العبد إلى فلان، ويأخذ منه الثمن، فينعقد بينهما بيع بالتعاطى على ما ذكرنا.

الوجه الثالث: أن يضيف الشراء إلى فلان وقت الشراء، فيقول: اشتريت هذا العبد لفلان، ولم يذكر محمد هذا الوجه فى الكتاب، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: ينفذ عليه ولا يقف، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد. وقال بعضهم: يقف على المشترى له؛ لأنه تعذر تنفيذه على المشترى؛ لأنه أضافه إلى غيره، وتعذر تنفيذه على المشترى له؛ لأنه لم يأمره بذلك، فيقف ضرورة.

١٦٠٨٣- وروى بشر عن أبى يوسف وإبراهيم عن محمد: رجل اشترى عبدًا، وأشهد قبل الشراء أو بعده أنه اشتراه لفلان بأمره، ثم أشهد بعد ذلك أنه اشترى لفلان الآخر بأمره وماله، ثم حضر الآخر، ولم يحضر الأول، قضيت بالعبد له، وهو الأول على حجته، فإذا جاء وادعاه، قضيت له به. وكذلك لو كان على الآمر الأول شهود؛ لأنه لم يحضر له وكيل فى الخصومة، فيقضى للآخر، فإذا جاء الأول، وادعاه وأقام البينة، قضى له به.

١٦٠٨٤- الوكيل بشراء شىء بغير عينه، إذا اشترى ما وكّل به بمثل الثمن الذى هو داخل فى الوكالة، ثم ادعى بعد ذلك أنه اشترى لنفسه أو لموكله، فإن لم يكن الثمن مدفوعًا إليه يصدق، وإن كان الثمن مدفوعًا إليه، فإن أضاف الشراء إليه ونقد منه،

فالشراء للموكل، ولايصدق الوكيل فى قوله اشتريته لنفسى إلا أن يصدقه الموكل، وإن أضاف الشراء إليه، ونقد من غيره، فكذلك الجواب، وللوكيل أن يحبس المنقود لنفسه استحسانًا. وإن أضاف الشراء إلى غيره، ونقد منه، فالشراء يقع للوكيل من حيث الظاهر حتى لا يصدق الوكيل فى أنه اشتراه للموكل، وإذا نقد مال الموكل يصير ضامنًا إلا أن يصدقه الموكل فيما قال. فإن اشترى بدراهم مطلقة، فهو على وجهين: إن أشترى حالا بحكم النقد، إن نقد من دراهم الموكل، فالشراء للموكل، وإن نقد من مال نفسه، فالشراء له، وإن لم ينقد يرجع فى البيان إلى الوكيل، ويعتبر بيانه. وإن اشترى مؤجلا، فالشراء يكون للوكيل، حتى لو ادعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق، إلا أن يصدقه الموكل.

١٦٠٨٥- ذكر شيخ الإسلام هذه الجملة فى شرح كتاب الوكالة فى باب قبل باب الوكالة فى الصرف. وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرح كتاب البيوع فى باب الوكالة فى السلم مسألة الوكالة فى السلم، وجعلها على وجوه: إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم الآمر، فالعقد للآمر، وإن نواه لنفسه، وإن أضاف العقد إلى دراهم نفسه بعد ذلك. وإن تصادقا أنه نواه لنفسه، فهو له، وإن نقد دراهم الآمر بعد ذلك. وإن اختلفا فى النية، فادعى الوكيل أنه نواه لنفسه، وادعى الموكل أنه نواه له، فإنه ينظر إن نقد دراهم الموكل يقع العقد للموكل، وإن نقد دراهم نفسه يقع العقد له، وإن تصادقا أنه لم يحضره نية، فعلى قول محمد: العقد للوكيل، وعلى قول أبى يوسف: يحكم النقد. وذكر بعدها مسألة الوكيل بشراء الحنطة، وذكر أنها على التفصيل الذى ذكرنا فى مسألة السلم فيما اتفقوا عليه، وفيما اختلفوا فيه. قال محمد: والمسألة فى "النوادر"، وبعض مشايخنا قالوا فى مسألة الشراء: إذا تصادقا أنه لم يحضره النية، فالعقد للوكيل إجماعًا، ولا يحكم النقد. وهذا القائل يفرق بين مسألة الشراء وبين مسألة السلم على قول أبى يوسف.

نوع آخر فى الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبًا، قال محمد فى "الزيادات": الوكيل بالشراء إذا وجد بالمبيع عيبًا، ورضى به، إن كان ذلك قبل القبض لزم الموكل، كأنه اشتراه مع العلم بالعيب، وإن كان ذلك بعد القبض، لا يلزم الموكل؛ لأن بعد القبض للعيب حصة من الثمن، فوجب حصة العيب من الثمن للموكل، وصار الوكيل

بالرضاء بالعيب مبطلا حق الموكل الذى وجب له فى حصة العيب، بخلاف العيب قبل القبض.

١٦٠٨٦- قال محمد فى "الجامع": رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشترى بها جارية، فاشترى الوكيل بالألف جارية وقبضها، ثم وجد بها عيبًا، فإن كانت الجارية عند الوكيل، ردها من غير استطلاع رأى الموكل، وإن كان الوكيل قد دفعها إلى الآمر، لا يردها الوكيل إلا بأمر الآمر، وهذا لأن الوكيل بالشراء فى حق الحقوق أصيل كأنه عقد لنفسه، وفى حق الملك نائب ورسول على أصح الأقوال، وشبه الأصالة يطلق له الرد من غير استطلاع رأى الموكل، وشبه النيابة لا يطلق له الرد من غير استطلاع رأى الموكل، فعملنا بشبه الأصالة قبل الدفع إلى الموكل، وعملنا بشبه النيابة بعد الدفع إلى الموكل، ليمكننا العمل بالشبهين؛ لأنا لو عملنا بشبه النيابة قبل التسليم إلى الموكل، وفيه إزالة ملك الموكل لا غير، يلزمنا العمل بشبهه النيابة بعد التسليم إلى الموكل، وفيه إزالة ملك الموكل ويده، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذى قلنا؛ ليمكننا العمل بالشبهين. فلو رضى الوكيل بالعيب وإبراء البائع عن العيب، صح الإبراء. وهذا الجواب ظاهر على قول أبى حنيفة ومحمد؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد، والوكيل أصيل فى حقوق العقد، ألا ترى أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشترى عن الثمن عندهما، فالوكيل بالشراء يملك إبراء البائع عن العيب أيضًا.

وأما على قول أبى يوسف: فقد اختلف المشايخ، عامتهم على أنه يصح إبراء الوكيل البائع عن العيب، وفرقوا بين هذا وبين إبراء الوكيل بالبيع المشترى عن الثمن عند أبى يوسف، فإن ذلك ليس بصحيح [عنده][1].

والفرق أن الوكيل بالشراء والبيع أصيل من وجه نائب من وجه، فاعتبرنا جهة الأصالة فى حقوق لا يضر بالموكل، بحق المطالبة بتسليم المبيع والثمن، وما أشبه ذلك، واعتبرنا جهة النيابة فى حقوق تضر بالمالك، والإبراء عن الثمن يضر بالمالك؛ لأن قبل هذا كان الثمن فى ذمة المشترى، وبعد الإبراء يصير الثمن فى ذمة الوكيل، وربما يكون الموكل أملى، أما الإبراء عن العيب لا يضر بالموكل؛ لأنه لا يثبت فى حق الموكل بعد

(١) وفى ف: "بين الوكيل وبين الكفيل".

الإبراء إلا ما كان ثابتًا قبل الإبراء، فإن قبل الإبراء، للموكل خيار أن يرضى بالعيب، وأن لا يرضى ويلزم الوكيل، وهذا الخيار باقٍ بعد الإبراء عن العيب، فنزل فى حق هذا منزلة المالك. وإنما كان للموكل هذا الخيار بعد رضى الوكيل بالعيب؛ لأن الثابت فى حق الحقوق عقدان تقديرًا واعتبارًا، رضى الوكيل بالعيب يوجب بطلان حق الرد فى عقده، أما لا يوجب بطلان حق الرد فى عقد الموكل، فإن لم يرض الموكل بالعيب، ولم يختر إلزام الوكيل الجارية حتى ماتت الجارية فى يد الوكيل، ماتت على ملك الموكل؛ لأن رضى الوكيل لما لم يعتبر فى حق الموكل صار موتها بعد رضى الوكيل، وموتها قبل رضى الوكيل سواء، وهناك لو ماتت الجارية ماتت على ملك الموكل، كذا ههنا.

ثم يرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب؛ لما عرف أن عقد الوكيل فى حق الحقوق بمنزلة عقدين، كأنه اشترى لنفسه، ثم باع من موكله وقبض موكله؛ لما عرف أن قبض الوكيل ينوب عن قبض الموكل إذا لم يحدث الوكيل فيه منعًا، ولو كان هكذا ووجد الموكل بالجارية عيبًا، فماتت فى يده قبل الرد، أليس أنه يرجع على الوكيل بنقصان العيب، كذا ههنا.

ولو لم تمت الجارية فى يد الوكيل، لكنها اعورّت، لزم الآمر؛ لأن حدوث العيب بها فى يد الوكيل، ويد الوكيل يد نيابة وأمانة فيما يرجع إلى نفس المبيع، كحدوثه فى يد الآمر، وهناك لزمت الجارية الآمر، كذا ههنا. وكان للآمر أن يرجع على الوكيل بحصة العيب الذى رضى به الوكيل؛ لأنه يثبت بين الوكيل وبين الموكل شراء حكمى، وتعذر الرد بالعيب السابق لحدوث عيب زائد، فيثبت الرجوع بنقصان العيب.

ولو لم تعورّ، واختار الآمر إلزام الوكيل الجارية، فألزمها إياه، وقبض الثمن، ثم وجد الوكيل بها عيبًا آخر غير العيب الذى رضى به، وقد كان ذلك العيب عند البائع، لم يستطع الوكيل ردها بذلك العيب، لا على الآمر ولا على البائع.

١٦٠٨٧- وإذا كانت الجارية فى يد الوكيل بالشراء، فأراد أن يردها بالعيب، فادعى البائع رضى الآمر بهذا العيب، لم يصدّق على ذلك من غير بينة؛ لأن حق الرد ثابت للوكيل من حيث الظاهر، فهو بما يدعى من رضى الآمر يريد إبطال حقه فى الرد، فلا يقدر على ذلك إلا بحجة. وإن أراد البائع استحلاف الوكيل على علمه على رضى

الآمر، لم يكن له ذلك، وفيه نوع إشكال؛ لأن الوكيل انتصب خصمًا للبائع في هذه الدعوى بالإجماع، حتى لو أقام البائع البينة على الوكيل أن الآمر رضي بالعيب تقبل، ويمنع الرد، والبينة لا تقبل إلا على الخصم، فإذا انتصب خصمًا في هذه الدعوى يتوجه عليه اليمين، ألا ترى أنه لو ادعى على الوكيل أنه رضي بهذا العيب، ولم يكن له بينة، يستحلف عليه، وطريقه ما قلنا، كذا ههنا.

والجواب: وهو الفرق بين المسألتين أن البائع متى ادعى رضى الوكيل بالعيب، فإنما ينتصب الوكيل خصمًا له في حق البينة والحلف جميعًا؛ لأن الوكيل بالشراء أصيل في حق الرد بالعيب؛ لأنه من حقوق العقد، فكان أصيلا فيما يدعى عليه من الرضا بالعيب، كأنه اشترى لنفسه، ومن كان أصيلا في خصومة إنسان كان خصمًا في حق سماع البينة والاستحلاف جميعًا، فأما الوكيل فيما يدعى البائع على الموكل من الرضى بالعيب ليس بأصيل، بل هو نائب ووكيله عنه حكمًا، من حيث إن البائع ادعى على الوكيل إبطال حقه في الرد بالعيب بسبب ادعاه على الموكل الغائب، وما ادعى على الموكل الغائب سبب لثبوت ما يدعى على الوكيل الحاضر لا محالة، فانتصب الوكيل خصمًا عن الموكل، وصار كالنائب والوكيل عنه حكمًا، ولو كان نائبًا ووكيلا عن الغائب فيما يدعى عليه البائع من الرضى بالعيب قصدًا، انتصب له خصمًا في حق سماع البينة لا في حق الاستحلاف؛ لأن النيابة تجرى في سماع البينة لا في الاستحلاف، فكذا إذا كان نائبًا ووكيلا عنه حكمًا.

فإن لم يكن للبائع بينة على رضى الآمر بالعيب، ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب، ثم حضر الآمر، وادعى الرضى، وأراد أخذ الجارية، فأبى البائع أن يدفعها، فقال: قد نقض القاضي البيع، فلا سبيل لك عليها، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع، ويرد الجارية على الآمر؛ لأن البائع مع الآمر تصادقا على أن الجارية ملك الآمر؛ لأن البائع ادعى رضى الآمر بالعيب ولزوم الجارية إياه، وصدقه الآمر بذلك، فاستند التصديق إلى وقت الإقرار، ويجب هذا التصادق أن القاضي أخطأ في قضاءه بالرد، وإنّ قضاه بالرد نفذ ظاهرًا لا باطنًا، فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن، فكان للآمر أن يأخذه. بعض مشايخنا قالوا: هذا على قول محمد، فأما على قول أبي حنيفة: لا سبيل للآمر على الجارية، وبعضهم قالوا: لا، بل هذا قول الكل، وهو

الأصح .

ووجهه أن نقض القاضى ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض ، وإنما كان لجهله بالرضى المسقط للرد ، وهو رضى الآمر بالعيب ، ثم ظهر الدليل بخلافه ، وفى مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنًا كما لو قضى فى حادثة باجتهاده ، وثمة نص بخلافه .

ولو أن الوكيل حين رد الجارية على البائع بالعيب أخذ الثمن من البائع ، فضاع الثمن من يده ، ضاع من مال الوكيل ، ويغرم الوكيل بالثمن للآمر من مال نفسه ، ثم إذا صدق الآمر البائع فى الرضى بالعيب ، وقبض الجارية يدفع الآمر الثمن إلى البائع من مال نفسه ، والآمر هو الذى يلى دفع الثم وقبض الجارية ؛ لأن من زعم الوكيل أن الرد قد صح ، وبرئ هو عن العهدة وحقوقها ، وانتهت الوكالة نهايتها ، وإنما يثبت للموكل حق قبض الجارية بعد ذلك بتصادق الموكل والبائع ، فلا يظهر ذلك فى حق الوكيل ، ويجعل فى حق الوكيل كأن الموكل اشترى الجارية من البائع بيعًا مبتدأ لاقتصار كلا مهما عليهما ، وتعذر تقدير كلا مهما إلى غيرهما . وليس للموكل أن يقول للبائع : إنك أقررت مرة بقبض الثمن من الوكيل ، فليس لك أن تقبض منى مرة أخرى ؛ لأن البائع يقول : نعم ، أقررت بذلك إلا أن ذلك الثمن أخذ منى بالقضاء ، ثم هذا القضاء وإن لم ينفذ من حيث الباطن إلا أنه يثبت الحيلولة بينى وبين ذلك الثمن لنفاذ القضاء من حيث الظاهر ، فلى أن آخذ الثمن منك ثانيًا ، وأحول بينك وبينه كما وقعت الحيلولة بينى وبين ذلك الثمن ، فإن وجد الآمر بها عيبًا آخر كان هو الخصم فى الرد دون الوكيل ؛ لأن القضاء بالفسخ صح ظاهرًا ، وخرج الوكيل من البين ، وبرئ من حقوق العقد من حيث الظاهر ، فلو لزمه حقوق العقد بعد ذلك لزمه بتصادق للوكيل والبائع ، ولا وجه إليه ؛ لأن تصادقهما لا يعمل فى حق غيرهما .

ولو كان الوكيل بعد ما ردها بالعيب ، وبعد ما فسخ القاضى البيع ، أقر برضى الآمر بالعيب ، كان للبائع الخيار ، إن شاء أمسك الجارية ، وإن شاء ردها على الوكيل ؛ لأنه صدر من الوكيل كلامان متناقضان لا يمكن الجمع بينهما ؛ لأنه أقر أول مرة أن الآمر لم يرض بهذا العيب ، ثم أقر بعد ذلك أنه قد كان رضى ، ومن تناقض كلاماه بطلا فيما له ، لا فيما عليه ؛ لقصور ولايته عن إبطال ما صار من كلامه حقًا لغيره .

فبقى كلاماه فيما عليه، فإن شاء صدقه فى الأول، وكذبه فى الثانى، وأمسك الجارية، وإن شاء صدقه فى الثانى وكذبه فى الأول، ورد عليه الجارية واسترد ثمنها؛ لظهور خطأ القاضى فى الرد بتصادقهما، فإن صدقه فى الكلام الأول، وهو إنكاره رضى الآمر بالعيب، وأمسك الجارية، ثم عاد بعد ذلك إلى تصديقه فى إقراره بالرضى، لم يكن له ذلك؛ لأنه بتصديقه فى الكلام الأول صار مكذبًا له فى الكلام الثانى، فبطل الكلام الثانى، فلا يتصور العود بعد ذلك إلى تصديقه فى كلام قد بطل فى نفسه، كمن أقر لإنسان بمال، فكذبه ثم عاد إلى تصديقه. ولو أنه صدقه فى الكلام الثانى، وهو قوله: إن الآمر قد كان رضى بالعيب بعد ما رأى الجارية، ورد الجارية عليه، ثم قدم الآمر، وأنكر أن يكون رضى العيب، كانت الجارية للوكيل، وعليه الثمن للآمر. وهو بمنزلة ما لو اشترى الوكيل الجارية من البائع لنفسه شراء مستقبلا، وهذا لأن بقول الوكيل: إن الآمر قد رضى بالعيب بعد ما رأى الجارية، لايثبت رضى الآمر بالعيب، فصح رد القاضى بالعيب، ونفذ قضاءه ظاهرًا وباطنًا، وصارت الجارية للبائع، ثم صار الوكيل آخذًا هذه الجارية ببيع مستقبل، فيكون له، وعليه الثمن للوكيل.

ولو أقر الآمر أنه كان رضى بالعيب، كانت الجارية للآمر، يأخذها الوكيل من البائع، ويدفعها إلى الآمر، ويكون الثمن للبائع على الوكيل، إن كان الوكيل قبض الثمن من البائع حين رد الجارية عليه؛ لأنهم لما تصادقوا أن الآمر قد كان رضى بالعيب، فقد تصادقوا أن قضاء القاضى بالرد لم ينفذ باطنًا، وأن الجارية باقية على ملك الآمر فى الباطن بالبيع الأول، والحق فى الجارية لا يعدوهم، فصار المبيع للأول بتصادقهم باقيًا، والوكالة باقية، فكان هو القائم بالتسليم والتسلم. ولو وجد الوكيل بالجارية عيبًا آخر، كان هو الخصم فيه؛ لأن الرد بالعيب من حقوق البيع الأول، والبيع الأول باقٍ بإقرارهم، فكان الخصم هو الوكيل.

١٦٠٨٨- وفى "الإملاء" عن محمد: رجل اشترى لرجل عبدًا بأمره وقبضه، فوجد به عيبًا، فأبرأه البائع عن العيب، فقال له الآمر: قد ألزمتك العبد بإبراءك عن العيب، فلم يقبله المأمور، لم يلزمه ذلك إلا بقضاء القاضى، فإن ألزمه القاضى ذلك صار بمنزلة المشترى من الآمر، فإن وجد به عيبًا لم يستطع رده على البائع حتى يرده على

الآمر، ثم يدفعه الآمر إليه حتى يرده على البائع.

١٦٠٨٩- الحسن بن زياد عن أبى حنيفة: الوكيل بالشراء إذا سلم المشترى إلى الآمر، ثم جاء يخاصم البائع فى العيب، لم يكن له أن يرده إلا أن يجىء ببينة أن الآمر أمره بالرد.

١٦٠٩٠- وفى "الإملاء" عن محمد: الوكيل بالشراء إذا أراد الرد بالعيب، فقال له الموكل: لاترده بالعيب، فرده، كان الرد باطلا. وفيه أيضًا: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبًا، ورضى بعيبها وقبضها، فإن كان العيب ليس باستهلاك مثل العمى ونحوه، لزم الآمر، وإن كان استهلاكًا مما لا يتغابن الناس فى مثله لم يلزم الآمر، وكان للآمر أن يلزم المشترى، وهذا قول أبى يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: هما[1] سواء، ويلزم الآمر إذا كان مع ذلك العيب يساوى الثمن الذى اشترى به، أو يتغابن الناس فيه.

١٦٠٩١- وفى "المنتقى" إبراهيم عن محمد: الوكيل بشراء إذا اشترى عبدًا يساوى ثلاثة آلاف درهم بألف درهم، فوجد به عيبًا، فليس له أن يرده؛ لأن فيه ضررًا على الموكل، ولو كان ذلك فى خيار رؤية أو خيار شرط، فله أن يرده.

١٦٠٩٢- الوكيل بالشراء إذا مات بعد ما اشترى ما وكل بشراءه وقبضه، ثم وجد بالمشترى عيبًا، فحق الرد لوارث الوكيل أو لوصيه، وإن لم يكن له وصى آخر ولا وارث، فحق الرد للموكل، على رواية "الزيادات"، وفى رواية أخرى: القاضى ينصب وصيًا حتى يرد.

نوع آخر فى الوكيل بالشراء يزيد البائع فى المبيع أو يزيده فى الثمن:

١٦٠٩٣- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشترى له بها عبدًا بعينه أو بغير عينه، فاشترى وتقابضا، ثم دفع المأمور العبد إلى الآمر، ثم إن المأمور لقى البائع، واستزاده فى المبيع، فزاده فيه ثوبًا، وقبله من

(١) هكذا فى جميع النسخ وكان فى ظ: "هو".

المأمور، قال: يقسم الألف على قيمة العبد، وعلى قيمة الثوب، فما أصاب الثوب لزم المشترى، ورد ما أصابه من الثمن على الآمر، كأنه أمره بشراء عبد بعينه بألف درهم، فاشتراه وثوبًا بألف درهم، فالعبد للآمر، والثوب للمشترى بحصته.

١٦٠٩٤- قال محمد فى "الجامع": رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشترى بها جارية، وأمره أن يزيد من عند نفسه ما يرى إلى خمسمائة، فاشترى المأمور جارية، وقال: اشتريتها بألف وخمسمائة، وقال الآمر: اشتريتها بألف، فهذا على ثلاثة أوجه: الأول تقوم لهما بينة، وفى هذا الوجه يقضى بينة الوكيل؛ لأنها أكثر إثباتا، الوجه الثانى: إذا قامت لأحدهما بينة، وفى هذا الوجه يقضى لصاحب البينة. الوجه الثالث: إذا لم تقم لأحدهما بينة، وفى هذا الوجه يحلف كل واحد على دعوى صاحبه؛ لأن الوكيل بالشراء مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشترى فى حق الحقوق، والبائع مع المشترى إذا اختلفا على نحو ما قلنا، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، ومتى وجب التحالف يبدأ بيمين الوكيل، هكذا ذكر المسألة ههنا. ومن مشايخنا من قال: هذا على قول أبى يوسف أولا، أما على قوله آخرًا وهو قول محمد: يبدأ بيمين الموكل؛ لأن الوكيل مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشترى، والبائع والمشترى إذا اختلفا على نحو ما ذكرنا، فلأبى يوسف فيه قول أول، وقول آخر، كذا ههنا. ومنهم من قال: ما ذكر ههنا قول الكل.

والفرق على قول أبى يوسف وهو قول محمد بين هذا وبين البائع مع المشترى، إذا اختلفا على نحو ما بينا، أن هناك إنما بدأنا بيمين المشترى؛ لأنه أشدهما إنكارًا؛ لأن البائع مع المشترى استويا فى أن كل واحد منهما ادعى عقدًا أنكره صاحبه، ثم إن البائع ادعى عليه زيادة ثمن أنكره المشترى، لا يدعى بإزاءه شيئًا، فكان المشترى أشدهما إنكارًا، وههنا الوكيل أشدهما إنكارًا؛ لأن الموكل يدعى عليه شيئين: أحدهما: أنه صرف ثلث الألف التى دفعها إليه[1] إلى ثلث الجارية التى صارت له، وقد صار ضامنًا لذلك، والوكيل ينكر ذلك، والثانى: أنه يدعى عليه إزالة يده عن ثلث الجارية بغير شيء، وأنكر الوكيل ذلك، والوكيل يدعى على الموكل شيئًا واحدًا، وهو زيادة

(١) هكذا فى ظ، ف، م وكان فى الأصل: "ثلث التى ادعى أنه دفع إليه".

خمسمائة، فكان الوكيل أشدهما إنكارًا، فلهذا يبدأ بيمين الوكيل.

ثم الوكيل يحلف البتة، والموكل على العلم؛ لأن الوكيل يحلف على فعل نفسه، والموكل يحلف على فعل الغير، وإن حلفا صارت الجارية بينهما أثلاثًا، ثلثها للوكيل، وثلثاها للموكل؛ لأنهما لما حلفا، فقد انقطع دعوى كل واحد منهما عن صاحبه، والوكيل كان يدعى على الموكل زيادة خمسمائة، وقد برئ الموكل عن دعواه، والموكل كان يدعى على الوكيل إزالة يده عن ثلث الجارية بغير شيء، وقد برئ الوكيل عن دعواه، فإذا انقطع دعوى كل واحد منهما عن صاحبه فسخ العقد بقدر ثلث الجارية، وصار ثلث الجارية للوكيل بالخمسمائة التى زعم أنه نقدها، وثلثاها للموكل بألف نقدها.

١٦٠٩٥- وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل وكل رجلا بأن يشترى كرًّا من طعام بمائة درهم، فجاء الوكيل إلى بائع الطعام، وزاده خمسين درهمًا على أن يزيد البائع كرًّا آخر، ففعل، فالكر الأول للآمر والزيادة للوكيل، ويضمن الوكيل للآمر خمسة وعشرين درهمًا؛ لأن كل كر صار مشترى بخمسة وسبعين درهمًا، وأحدهما للموكل، والآخر للوكيل، وقد أدى الوكيل من مال الموكل مائة، وكان ينبغى أن ينقد خمسة وسبعين، فكان ما زاد على خمسة وسبعين إلى تمام المائة، مؤدى من مال الموكل قضاء لدين الوكيل، فيصير الوكيل ضامنًا لذلك.

نوع آخر
فى التوكيل بالشراء من مال الوكيل:

قال محمد فى "الأصل": وإذا وكل الرجل رجلا، فقال: اشتر لى عبد فلان بعبدك هذا، أو بمتاعك هذا، كان التوكيل جائزًا؛ لأنه لو لم يجز، إنما لا يجوز لمكان الإضافة إلى مال الوكيل، ولا وجه إليه، ألا ترى أنه لو قال له: اشتر لى عبد فلان بألف من مالك يجوز.

فإن قيل: كما أن هذا التوكيل توكيل بالشراء بمال الوكيل، وإنه صحيح، فهو توكيل ببيع عبد الوكيل، ليكون بدله للموكل، وإنه توكيل باطل، فلم كان اعتبار جانب

الشراء أولى من اعتبار جانب البيع؟

قلنا : إنما كان جانب الشراء أولى؛ لأن فيه تصحيح الوكالة، وفي اعتبار جانب التوكيل بالبيع إبطال الوكالة، ويحتال لتصحيح العقود ما أمكن. الثاني : أن التوكيل بالشراء ثابت لفظًا ومعنًى، فإنه قال : اشتر لي، والتوكيل بالبيع ليكون البدل للموكل ثابت معنًى لا لفظًا، ولا شك أن اعتبار الثابت لفظًا ومعنًى أولى. وعلى الموكل للوكيل قيمة العبد؛ لأنه استوجب الرجوع على الموكل بمثل ماله، كما لو أمره بالشراء بألف درهم من مال الوكيل، فاشترى، فإنه يرجع على الموكل بألف درهم، ومثل العبد قيمته، فيرجع عليه بقيمته لهذا.

نوع آخر
في مخالفة الوكيل بالشراء في الثمن:

١٦٠٩٦- قال محمد في "الجامع الصغير": رجل وكل رجلا أن يشتري له عبدين بأعيانهما، ولم يبين ثمنًا، فاشترى أحدهما له، فالشراء جائز؛ لأن التوكيل بالشراء مطلق غير مقيد بقيد الاجتماع، فإذا اشترى أحدهما، فقد أتى ببعض ما وكل به، فيجوز، فإن أمره أن يشتريهما بألف درهم، فاشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل، وقيمتهما على السواء، فالشراء جائز على الآمر، أما الأول فلأنه ليس بمخالف؛ لأنه اشتراه بحصته من الألف، وأما الثاني فلأنه وإن خالف، ولكن إلى خير، وإن اشتراه بأكثر من خمسمائة لم يجز على الآمر إلا أن يشتري الآخر بباقي الثمن قبل أن يختصما، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا اشترى أحدهما بأكثر من خمسمائة قدر ما يتغابن الناس فيه، وقد بقي من الألف مقدار ما يشترى بمثله العبد الباقي، يجوز.

قيل : لا خلاف في المسألة، وقول أبي حنيفة في الكتاب : اشتراها بأكثر من خمسمائة لا يجوز، محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، فأما إذا كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها، فإنه يجوز، وهذا لأنه لا تسمية في حق هذا الواحد الذي اشتراه، فيجوز شراءه بأكثر من قيمته بحيث يتغابن

الناس فيه عندهم، كما وكله بأن يشترى له عبداً وسمى نوعه ولم يبين الثمن، فعلى قول هذا القائل يرتفع الخلاف. وقيل: لا، بل المسألة على الخلاف، وظاهر ما أطلق محمد الجواب على قول أبى حنيفة، ولم يفصل يدل عليه، والوجه لأبى حنيفة: أن مطلق مقابلة الألف بالعبدين، وقيمتهما على السواء، دلالة على التنصيف، كما فى شراء العبدين بالألف، والحق بالنص على الخمسمائة فى حق كل واحد منهما، والنص على الخمسمائة فى حق كل واحد منهما حجر عن الزيادة، فههنا كذلك. فإن اشترى الباقى بما بقى من الألف أن يختصما، نفذ ذلك كله على الموكل.

بعض مشايخنا قالوا فى "شرح الجامع الصغير": يجب أن يكون هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا ينفذ، وجه القياس أن الخلاف قد تحقق. وجه الاستحسان: أن الموكل صرّح بتحصيل العبدين بألف درهم، وإنه بصريحه لا يتعرض للتقسيم، وإنما يثبت التقسيم دلالة، فعملنا بالدلالة قبل شراء الثانى، فلم نجور شراء الأول بأكثر من الحصة، فإذا اشترى الباقى بما بقى من المال جاء أوان العمل بالتصريح، فبطلت الدلالة.

هذا إذا كان وكيلا بشراء عبدين بأعيانهما، وإن كان وكيلا بشراء عبد بعينه، فاشترى نصفه، لا يجوز على الآمر، فإن اشترى النصف الباقى جاز الكل على الآمر استحسانًا، والقياس أن لا يجوز. وهذا إذا اشترى الباقى قبل أن يختصما إلى القاضى، وألزم القاضى شراء النصف على الوكيل.

والحاصل: أن على جواب الاستحسان شراء النصف الأول لم ينفذ على الموكل، ولم ينفذ على الوكيل؛ لأن النفاذ على الموكل يعتمد الموافقة، والنفاذ على الوكيل يعتمد المخالفة من كل وجه، وفى شراء النصف الأول ليس بموافق من كل وجه، ولا مخالف من كل وجه، بل يحتمل المخالفة، إذ يجوز أنه قصد شراء النصف لا غير؛ ليضر[1] بالمالك، فإن الشركة فى الأعيان عيب، ويحتمل الموافقة، إذ يجوز أنه اشترى النصف ليمكنه شراء الباقى بأقل الثمنين؛ لأن الأبعاض تشترى بأقل ما يشترى به الكل، وإذا احتمل الوفاق والخلاف لم ينفذ على أحدهما، بل يوقف، فإذا اشترى النصف

(١) هكذا فى ظ والأصل وكان فى ف وم: "ليصير".

الباقى ظهر أن شراء النصف كان احتيالا ليشترى الباقى بأقل الثمنين، فتبين أنه كان موافقًا من كل وجه، فنفذ على الموكل، فأما إذا اختصما، وألزم القاضى الوكيل شراء النصف الأول، ثم اشترى النصف الباقى، فالكل يلزم الوكيل؛ لأن القاضى لما ألزم الوكيل النصف الأول، فقد عيّن جهة الخلاف بقضاءه، فزال التوقف، ونفذ على الوكيل، فلا يتحول إلى الموكل بعد ذلك.

١٦٠٩٧- وفى "النوادر": أن من وكل رجلا بشراء عبد بعينه، فاشترى الوكيل نصفه[1]، يتوقف شراءه على رضاه عند أبى يوسف، حتى لو أعتقه الوكيل عن نفسه لا ينفذ، ولو أعتقه الموكل عن نفسه ينفذ؛ لأنه حصل بعض مقصوده، ولكن معيبًا بعيب الشركة، فيقع تصرفه للموكل، لكن يثبت له خيار العيب، فإذا أعتقه فقد أسقط خياره، فنفذ العتق من جهته، وإذا رده يصير الملك للوكيل. وعند محمد: يقع الملك للوكيل حتى لو أعتقه ينفذ العتق من جهته إلا أن يشترى ما بقى، فحينئذٍ يتحول الملك إلى الآمر، وهذا لأن بشراء النصف صار مخالفًا إلا أن غرضه الموافقة باقية بأن يشترى النصف الباقى فقبل وجود شراء الباقى جعلنا الملك للوكيل لمكان المخالفة ظاهرًا، فينفذ إعتاقه من جهته.

١٦٠٩٨- الوكيل بشراء الدار إذا اشترى نصفها، ثم اشترى الموكل النصف الباقى، لم يجز شراء الوكيل على الموكل. ولو كان الموكل اشترى نصف تلك الدار أوّلا، ثم اشترى الوكيل النصف الباقى جاز على الموكل؛ لأنه لما اشترى الموكل النصف أولا، انتهت الوكالة بقدر ما اشترى، فكأنه من الابتداء وكله بشراء النصف، حتى لو استحق ما اشتراه الموكل يرد ما اشتراه الوكيل.

١٦٠٩٩- ولو وكله أن يشترى له دارًا بألف، فاشترى له نصف دار مشتركة بين الموكل وغيره بخمسمائة، جاز. ولو وكله أن يشترى له عشرة أرطال من لحم بدرهم، فاشترى له عشرين رطلا بدرهم، لزم الآمر عشرة أرطال بنصف درهم، ولزم الوكيل عشرة أرطال بنصف درهم.

قالوا: وإنما يجوز على الآمر عشرة أرطال بنصف درهم، إذا كانت العشرة

---

(١) هكذا فى جميع النسخ، وأما فى ظ: "بصفة".

الأرطال تساوى درهمًا، فأما إذا كانت لا تساوى درهمًا، نفذ الكل على الوكيل. فى "شرح الأصل" فى باب الوكالة فى الشراء فى آخره.

١٦١٠٠- وذكر فى "نوادر بشر": بمثل هذه المسألة، ووضعها فى الزيت، وصورتها: رجل أمر رجلا أن يشترى له عشرة أرطال من زيت بدرهم، فاشترى له عشرين رطلا من ذلك الزيت بدرهم، قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: له عشرة بنصف درهم، قال بشر: وهو قول أبى يوسف، قال بشر: ولأبى يوسف قول آخر: إن الزيت كله للآمر، وفى القدورى: قال أبو يوسف ومحمد: الكل للآمر.

١٦١٠١- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشترى له بها عبدًا، فاشترى فوجده حرًا، فللموكل أن يضمن الوكيل الألف، ولو وجده مستحقًا، فليس له أن يضمن الوكيل، قال: لأن هذا يجوز بإجازة. وعلى هذا إذا أمره أن يشترى له دقيقًا، ودفع إليه الدراهم، فأرى الوكيل رجلٌ نورةً ظن أنها دقيق، واشترى ذلك منه على أنه دقيق، ودفع الثمن، قال: هو ضامن لما دفع؛ لأنه مخالف، وقال: وكذلك ما يخالف فيه، وإن لم يعلم. أشار إلى أن وجوب الضمان يعتمد نفس الخلاف لا العمل[1] بالخلاف.

١٦١٠٢- ابن سماعة عن أبى يوسف: رجل وكل رجلا أن يشترى له بهذه الدراهم ثوبًا، وسمى جنسًا ووصفه، فأسلمها له فى ثوب كما سماه ووصف، لم يجز، فالوكيل بالشراء لا يملك السلم.

بشر عن أبى يوسف: رجل وكل رجلا بأن يشترى له عبدًا بثمن مسمى شراءً فاسدًا، فاشتراه له شراء صحيحًا، نفذ على الآمر.

١٦١٠٣- وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا عن رجل أمرته أن يشترى مهرًا جدعًا، فاشترى لى ثنيًا بمثل ذلك الثمن، قال: لا يجوز، قال: وكذا أمرته أن يشترى ثنيًا، فاشترى رباعيًا بمثل ذلك الثمن، قلت: ولم لا يجوز وقد اشترى ما هو أفضل؟ قال: لأنه خالف. قلت: ولو أمرته أن يشترى لى ولفلان، فاشترى مهرين بمثل ذلك الثمن، قال: يجوز. وفى "الأصل": لو وكله أن يشترى له ثوبًا هرويًا ليقطعه

---

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى م وف: "العلم".

قميصًا، فاشترى ثوبًا لا يكفيه قميصًا، لايلزم الآمر.

نوع آخر
فى مخالفة الوكيل فى الثمن:

قال هشام: سألت محمدًا عن رجل وكل رجلا أن يشترى له عبدًا بألف درهم، ويعتقه عنه، فاشترى عبدًا بثمان مائة، وأعتقه عنه، قال: إن كان لو اشترى بألف لم يكن خيرًا منه، جاز.

١٦١٠٤- روى الحسن ابن زياد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: فى الوكيل يشترى جارية بألف درهم، إذا اشتراها بدنانير قيمتها مثل قيمة ألف درهم، أنه يجوز على الآمر، وكذا الوكيل بشراء جارية بمائة دينار إذا اشتراها بألف درهم، قال: وهو قول أبى يوسف.

وذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف: فى البيع بخلاف هذا، فقال: إذا وكله أن يبيع ثوبه بعشرة دراهم، فباعه بثلاثة دنانير، لا يجوز. ورواية الحسن بخلاف المذكور فى الكتب الظواهر، فالمذكور فى الكتب الظواهر أن الوكيل إذا خالف، إن كان الخلاف من حيث الجنس لا ينفذ على الآمر، وإن كان المأتى به أنفع من المأمور به، كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف درهم، فباعه بألف دينار، وإن كان الخلاف من حيث الوصف والقدر، لا من حيث الجنس، إن كان المأتى به أنفع من المأمور به ينفذ على الآمر، كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف درهم، فباعه بألف وخمسمائة، وإن كان المأتى به أضر من المأمور به، لا ينفذ على الآمر، كما إذا أمره أن يبيع بألف درهم، فباعه بتسعمائة درهم، وقد مر بعض هذه المسائل بعد فصل التوكيل.

نوع آخر
فى تقييد الوكالة:

١٦١٠٥- الوكيل بالشراء مطلقًا إذا اشترى بمثل القيمة أو بأكثر، مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإذا اشترى بأكثر من القيمة مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا يجوز. ولقب المسألة: أن الوكيل بالشراء مطلقًا يتحمل منه الغبن اليسير، ولا يتحمل منه الغبن الفاحش، وتكلموا فى الحد الفاصل بين الغبن اليسير وبين الغبن الفاحش، والصحيح ما روى عن محمد فى "النوادر": أن كل عين يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين، فهو فاحش، وإليه أشار فى "الجامع" فى تعليل المسألة فى كتاب الزكاة.

قال شيخ الإسلام: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة فى البلدة كالعبيد والدواب وغيرهما، فأما ماله قيمة معلومة فى البلدة كالخبز واللحم وغيرهما، فزاد الوكيل بالشراء، لا ينفذ على الموكل، وإن كانت الزيادة شيئًا قليلا كالفلس ونحوه؛ لأن هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأنه إنما يدخل تحت تقويم المقومين ما يحتاج فيه إلى تقويم المقوم، وههنا لا يحتاج، فلا يدخل، ثم ما ذكرنا أن الوكيل بالشراء يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش، فذاك فى الوكيل بشراء شىء لا بعينه، فأما الوكيل بشراء شىء بعينه، فلا نص فيه، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش، وقال بعضهم: لا يتحمل منه الغبن اليسير أيضًا.

والوكيل بالصرف إذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف؛ لأن الغبن اليسير على قول أبى حنيفة إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه، لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه، إلا أن الشراء أصل فى هذا العقد؛ لأن الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل، والعبرة للأصل، فكان شراء من كل وجه، والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشراء بالاتفاق.

وفى الوكيل بشراء شىء لا بعينه، لا فرق بينما إذا سمى الموكل الثمن أو لم يسمّ، يتحمل منه الغبن اليسير على كل حال، نص عليه فى "الزيادات" فى أبواب الوكالة.

وذكر محمد فى بعض الكتب أن الثمن إذا كان مسمى لا يتحمل منه الغبن اليسير، وإذا وكله بشراء عبد بعينه، أو بشراء جارية بعينها، فاشتراه بمكيل أو موزون بعينه أو اشتراه بعرض، لا يجوز بلا خلاف بين علمائنا، ولو اشتراه بمكيل أو موزون بغير عينه لم يذكر هذا الفصل فى "الأصل"، وقد اختلف المشايخ فيه، وإنما اختلفوا؛ لأن محمداً ذكر ما إذا اشترى بمكيل أو موزون بعينه، وأجاب بعدم الجواز، فمفهوم هذا أنه إذا اشترى بغير عينه أنه يجوز حتى يفيد التقييد، وجه قول من قال بعدم الجواز، أن التوكيل بالشراء يتقيد بالعرف بلا خلاف، والمتعارف الشراء بالدراهم والدنانير -والله أعلم-.

نوع آخر
فى الجمع بين الإشارة والتسمية فى ثمن ما وكل بشراءه:

١٦١٠٦- قال محمد فى "الزيادات": رجل قال لغيره: اشتر لى جارية بما فى هذا الكيس من الدراهم، وهى ألف، أو قال: اشتر لى بهذه الألف الدراهم التى فى هذا الكيس جارية، ودفع الكيس إلى الوكيل، فاشترى الوكيل جارية بألف درهم كما أمره به، ثم نظر الوكيل إلى الكيس، فإذا فيه ألف دينار، أو ألف فلس، أو تسعمائة درهم، فالشراء جائز على الآمر، هكذا ذكر فى "الأصل" فى جنس هذه المسائل: أن الموكل متى جمع بين الإشارة والتسمية فى ثمن ما وكل بشراءه، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فلا يخلو إما إن كانا جاهلين بحال المشار إليه، أو كان أحدهما جاهلا به، والآخر عالمًا به، أو كانا عالمين غير أن كل واحد منهما لا يعلم بعلم صاحبه، أو كانا عالمين بحال المشار إليه، ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم به، وفى الوجه الأول والثانى والثالث الوكالة تتعلق بالمسمى.

أما فى الوجه الأول: وهو ما إذا كانا جاهلين بحال المشار إليه، فلأن الوكالة لو تعلقت بالمشار إليه، أدى إلى الغرور فى حق الوكيل والموكل، أما فى حق الوكيل فلأنه يشترى بالمسمى بناء على ظاهر الوكالة، فلو تعلقت الوكالة بالمشار إليه يصير الوكيل بالشراء بالمسمى مشتريًا لنفسه، فيتقرر عليه الثمن من غير رضاه. وأما فى حق الوكيل فلأن الوكالة لو تعلقت بالمشار إليه، فإذا اشترى الوكيل بالمشار إليه ينفذ على الموكل،

ويزول المشار إليه عن ملكه ؛ لأنه ما رضي بزوال المشار إليه عن ملكه ، إنما رضي بزوال المسمى عن ملكه .

وأما في الوجه الثاني : وهو ما إذا كان أحدهما عالمًا ، والآخر جاهلا ، فلأن تعليق الوكالة بالمشار إليه يؤدي إلى الغرور في حق الجاهل على نحو ما بينا .

وأما في الوجه الثالث : وهو ما إذا كانا عالمين بحال المشار إليه ، إلا أن كل واحد منهما لا يعلم أن صاحبه عالم به ، فلأن في زعم كل واحد منهما أن صاحبي جاهل بحال الدراهم ، وأن الوكالة تعلقت بالمسمى في حق صاحبي نفيًا للغرور عنه .

وفي الوجه الرابع : وهو ما إذا كانا عالمين بحال المشار إليه ، ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم به ، فالعقد يتعلق بالمشار إليه ، وهذا لأن الإشارة للتعريف ، والتسمية للتعريف أيضًا ، إلا أن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية ؛ لأن المسمى قد يشاركه في التسمية غيره ، والمشار إليه لا يشاركه في الإشارة غيره ، فقضية هذا أن يتعلق الوكالة بالمشار إليه في الوجوه كلها ، إلا أنا عدلنا عن هذه القضية في الوجه الأول والثاني والثالث دفعًا للغرور عنهما ، أوعن أحدهما ، ولا غرور في الوجه الرابع ، فيتعلق الوكالة بالمشار إليه .

وعن هذا قلنا : إن من قال لغيره : بعت منك هذا الحمار ، وأشار إلى عبد قائم بينهما ، فقال الآخر : اشتريت ، أنه يجوز العقد على العبد ، وتبين بهذا أن ما ذكر في سائر المواضع أن العقد يتعلق بالمسمى ، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى ، فالوكالة تتعلق بالمشار إليه ؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف إلا إذا كان في تعليق العقد بالمشار إليه ضرر بالوكيل ، فحينئذٍ يتعلق العقد بالمسمى على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

إذا ثبت هذا ، جئنا إلى تخريج المسألة ، فنقول : ما ذكر محمد من الجواب محمول على ما إذا كانا جاهلين بما في الكيس ، أو كان أحدهما جاهلا ، والآخر عالمًا ، أو كانا عالمين ، إلا أن كل واحد منهما لا يعلم أن صاحبه يعلم به ، وإنما نفذ الشراء على الموكل في هذه الوجوه ؛ لأن الموكل جمع بين الإشارة والتسمية في ثمن ما وكل بشراءه ، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى إذا كان في الكيس ألف دينار ، أو ألف فلس ، وفي

هذه الصورة يتعلق الوكالة بالمسمى فى الوجوه الثلاثة ، وإن كان فى الكيس تسعمائة درهم ، فالمشار إليه وإن كان من جنس المسمى إلا أن فى تعليق الوكالة بالمشار إليه غروراً بالوكيل ؛ لأن الوكيل يشترى بالمسمى بناء على ظاهر الوكالة لو تعلق الوكالة بالمشار إليه ، ينفذ الشراء على الوكيل ، فيتقرر الثمن عليه من غير رضاه ، فلهذا علقنا الوكالة بالمسمى ، وقد اشترى بالمسمى ، وكذلك لو نظر الوكيل إلى ما فى الكيس ، وعلم به ، ثم اشترى جارية بألف درهم ، كان الشراء للموكل ؛ لأن الوكالة حال وجودها تعلقت بالمسمى لما ذكرنا ، فلا يتحول إلى غيره بعد ذلك بالنظر فى الكيس .

وكذلك لوكان فى الكيس ألف وخمسمائة ، فاشترى الوكيل جارية بألف درهم كما ذكرنا ، فالشراء نافذ على الموكل ، والوجه ما ذكرنا ، وكذلك إذا قال : اشتر لى جارية بألف درهم نقد بيت المال التى فى هذا الكيس ، فاشترى له كما أمره به ، فإذا فى الكيس ألف درهم غلة أو قال : اشتر لى جارية بألف درهم غلة التى فى هذا الكيس ، فاشترى له كما أمر به ، فإذا فى الكيس ألف درهم نقد بيت المال ، فالشراء جائز على الآمر ، والمعنى ما ذكرنا أن المشار إليه وإن كان جنس المسمى إلا أن فى تعليق الوكالة بالمشار إليه ضرراً للوكيل ، فتعلقت الوكالة بالمسمى ، وقد اشترى بالمسمى .

١٦١٠٧- قال : ولو كان الموكل وزن ألف درهم بين يدى الوكيل ، والوكيل ينظر إليها ، فقال : اشتر لى بهذه المائة الدينار جارية ، فاشترى جارية بمائة دينار كما سمى الموكل كان مشتريًا لنفسه ، ولو اشترى بتلك الدراهم جاز على الآمر .

وكذلك إذا قال : اشتر لى بهذه الألف الفلس جارية ، فاشترى بالفلس كما سمى الموكل ، كان مشتريًا لنفسه ، ولو اشترى بتلك الدراهم جاز على الآمر ، وتعلقت الوكالة بالمشار إليه ، لما ذكرنا فى أصل الباب ، وحملت التسمية على الترويج والمدح إذا سمى المشار إليه دنانير ، وعلى الذم إذا سماها فلوسًا ، وهو متعارف فيما بين الناس ، يقول الرجل لغيره : بعت منك هذا الفرس ، ويشير إلى الحمار ، ويريد به المدح والترويج ، ويقول لغيره : بعت منك هذا الحمار ويشير إلى العبد ، ويريد به الذم .

١٦١٠٨- ولو دفع إليه كيسًا ، وأمره أن يشترى له جارية بهذه الألف الدراهم التى فى هذا الكيس ، فهلك الكيس بما فيه فى يد الوكيل ، ثم اشترى الوكيل جارية للآمر

بألف درهم، وتصادقا أن الدراهم كانت ستوقة أو رصاصًا فالشراء للموكل، وهذا إذا كانا غير عالمين بما في الكيس وقت الدفع، أو كان أحدهما غير عالم به، أو علما ولكن لا يعلم كل واحد منهما بعلم الآخر، وهذا لأن المشار إليه من خلاف جنس المسمى؛ لأن المسمى دراهم، والستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم، وفي مثل هذه الصورة يتعلق التوكيل بالمسمى، وفي مثل هذه الوجوه الثلاث المسمى دراهم، ومطلق اسم الدراهم ينصرف إلى الجياد، فكأنه وكله بالشراء بألف درهم جياد، ولم يشر إلى شيء، وهناك الجواب كما قلنا، فأما إذا علما بما في الكيس، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، تعلقت الوكالة بالمشار إليه، وكانت التسمية للمدح والترويج حتى لو اشترى بعد هلاك المشار إليه يصير مشتريًا لنفسه.

ولو أنكر أحدهما العلم بما في الكيس، أو العلم بعلم صاحبه، فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، والآخر يدعي عليه أمرًا عارضًا، وهو العلم بذلك، ولو تصادقا أن الدراهم كانت زيوفًا أو نبهرجة، وباقي المسألة بحالها، ففيما إذا لم يعلما بما في الكيس وقت الدفع، أو علم أحدهما دون الآخر، أو علما، ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، فالشراء للوكيل.

ولو كانت الزيوف قائمة بعينها في يد الوكيل، فاشترى الوكيل جارية بألف درهم جياد، نفذ الشراء على الموكل، فلم يجعل الزيوف متعينة بعد القبض حالة القيام حتى لا يتقيد التوكيل بالشراء بعينها، وجعلها متعينة في الهلاك حتى توقت بقاء الوكالة ببقاءها.

والوجه في ذلك أن الزيوف تشبه الجياد من وجه؛ لأنها دراهم حقيقة، وتشبه الرصاص من وجه لأنها لا تزوج كما لا تزوج الستوقة والرصاص، فألحقناها بالجياد حالة الهلاك حتى بطلت الوكالة بهلاكها عملا بالشبهين، فأما إذا علما وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه تعلقت الوكالة بالمشار إليه والمشترى بعد الهلاك للوكيل -والله أعلم.

ومما يجانس هذا النوع ولم يكن من مسائل الوكالة:

١٦١٠٩- رجل أتى بيّاعًا وقال: بعنى بهذه الدراهم وهى ألف كذا وكذا، فباعه به، فإذا الدراهم زيوف، أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاص، فإذا تصادقا[1] أنهما لم يعلما بذلك، فعلى المشترى ألف درهم جياد من نقد تلك البلدة؛ لأن مطلق اسم الدراهم يقع على الجياد من نقد تلك البلدة، وكذلك إذا علم المشترى بذلك، ولم يعلم البائع؛ لأن البائع إذا لم يعلم بالمشار إليه، فإنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بالمسمى لا بالمشار إليه، فإن علم البائع بذلك، ولم يعلم المشترى، فإن كانت الدراهم زيوفًا أو نبهرجة تعلق العقد بالمشار إليه، فإن كان البائع قبضها، فهى له، وإن لم يقبضها، فالمشترى بالخيار إن شاء أعطاه تلك الدراهم بعينها، وإن شاء أعطاه مثلها زيوفًا لأنه اجتمعت التسمية والإشارة والمشار إليه من جنس المسمى، فيتعلق العقد بالمشار إليه، وهذا لأن تعيين الدراهم فى حق بيان الجنس والوصف صحيح والغرور منتفٍ ههنا؛ لأن البائع لما علم بالمشار، فقد رضى بزوال ملكه بالمشار إليه، والمشترى لما رضى بتملك المبيع بالدراهم المطلقة، وهذا الاسم ينطلق على الجياد كان أرضى بالتملك بالدراهم الزيف[2]، وإن كانت الدراهم ستوقة أو رصاصًا، فعلم البائع لا يكفى؛ لتعلق العقد بالمشار إليه، بل يشترط علم المشترى مع ذلك بخلاف الزيوف، فإن هناك لا يشترط علم المشترى لتعلق العقد بالمشار إليه، بل علم البائع يكفى.

والفرق: أن الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم، بل من جنس العرض، فإذا لم يعلم المشترى بالمشار، فإنما رضى بزوال الثمن عن ملكه لا بزوال العرض، فلو تعلق العقد بالمشار إليه من غير علمه، لزال العرض عن ملكه، فيلحقه الغرور بخلاف الزيوف والنبهرجة؛ لأن الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم، وأنها أثمان كالدراهم، فلو تعلق العقد بالمشار إليه من غير علم المشترى زال الثمن عن ملكه، وهو قد رضى بذلك، فأما فى الستوقة والرصاص: فبخلافه على ما ذكرنا. ثم فى الستوقة والرصاص

---

(١) وفى الأصل: "على أنهما".

(٢) وفى الأصل: "الزيوف".

فى هذا الفصل يشترط علم كل واحد منهما بالمشار إليه لتعلق العقد به، ولا يشترط علم كل واحد منهما بعلم صاحبه، بخلاف فصل الوكالة، فإن هناك كما يشترط علم كل واحد منهما بحال المشار إليه لتعلق العقد به يشترط علم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه.

والفرق: أن المانع من تعليق العقد بالمشار إليه الغرور غير أن الغرور فى فصل الوكالة لا ينبغى إلا إذا علما بالمشار إليه، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بالمشار إليه، أما ههنا: الغرور ينتفى بعلم كل واحد منهما بالمشار إليه؛ لأن البائع يكون راضيًا بزوال المبيع عن ملكه بهذا العرض، والمشترى يكون راضيًا بزوال هذا العرض عن ملكه، فانتفى الغرور.

نوع آخر فى التوكيل بالشراء فيما له حمل ومؤنة

إذا استأجر حمولة لحمل المشترى:

١٦١١٠- قال محمد: وإذا وكل الرجل رجلا ليشترى له كر حنطة، فاشتراه له، واستأجر بعيرًا فحمله عليه، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يوكله أن يشترى له حنطة أو طعامًا فى نواحى المصر الذى هما فيه، وفى هذا الوجه القياس أن يكون الوكيل متبرعًا فى النقل ولا يرجع بالكراء؛ لأنه وكله بالشراء، فأما ما[1] وكله بالنقل، وفى الاستحسان: لا يصير متبرعًا، وبرجع بالكراء؛ لأنه إن لم يؤمر بالنقل صريحًا ونصًا، فقد أمربه عرفًا وعادةً؛ لأن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من اشترى طعامًا فى ناحية من نواحى المصر، فإنما يشترى لينقل إلى منزله لا ليتركه فى ذلك الموضع.

الوجه الثانى: أن يوكله أن يشترى له حنطة فى قرية من قرى المصر الذى هما فيه، وفى هذا الوجه يصير الوكيل متبرعًا، ولا يرجع بالكراء قياسًا واستحسانًا.

الوجه الثالث: أن يوكله أن يشترى له حنطة فى مصر آخر، وفى هذا الوجه يصير

---

(١) وفى الأصل: "فأما إذا وكله"،

الوكيل متبرعًا في النقل أيضًا قياسًا واستحسانًا ؛ لأنه لم يؤمر بالنقل في هذين الوجهين لا نصًا ولا عرفًا ؛ لأن العرف مشترك ههنا ؛ لأن من الناس من يشترى طعامًا فى مصر آخرًا، أو فى قرية ويتركه ثمة ؛ ليتجر به، ومنهم من ينقله إلى مصره، فلا يثبت الأمر بالنقل بالشك.

١٦١١١- وإن كان الآمر أمره أن يشترى له طعامًا، وأن يستأجر له بعيرًا بدرهم، فاستأجر بعيرًا بدرهم ونصف، فإن الكراء على المستأجر ؛ لأنه زاد على الأجر المأمور به، فصار مخالفًا، والوكيل بالاستئجار إذا خالف يصير مستأجرًا لنفسه، كالوكيل بالشراء إذا خالف يصير مشتريًا لنفسه.

ولا يقال : يجعل مستأجرًا للموكل، ويجعل متبرعًا فى أداء نصف درهم ؛ لأنا نقول : إنما يجعل كذلك إذا أمكن التنفيذ على الآمر بدرهم ونصف، وتعذر التنفيذ عليه لمكان الخلاف، فهو نظير الوكيل بالشراء بالألف إذا اشترى بألف وخمسمائة، فإنه يصير مشتريًا لنفسه، ولم يقل أحد : إنه ينفذ على الموكل، ويجعل الوكيل متبرعًا بأداء خمسمائة، كذا ههنا.

ولو كان استأجر بعيرًا بدرهم، كما أمره به جاز على الآمر ؛ لأنه وافق أمره، ولم يكن له أن يحبس الطعام بالكراء، كما كان له أن يحبس الطعام بالثمن، والفرق أن الثمن يدل على الطعام، وقد صار الوكيل بائعًا منه ما اشترى، فكان له أن يحبس الطعام به، فأما الكراء يدل على النقل، والمنقول لا يحبس بأجر النقل كالحمال لا يحبس المحمول بالأجر -والله أعلم-.

نوع آخر

فى التوكيل بالشراء بالدين الذى للموكل على الوكيل:

١٦١١٢- قال محمد فى "الجامع الصغير" : رجل له على رجل ألف درهم، أمره أن يشترى بذلك هذا العبد بعينه، فاشتراه، فهو للآمر، ولو أمره بشراء عبد بغير عينه، فاشتراه، فهو للمأمور، حتى لو مات العبد عند المأمور مات من مال المأمور، والألف عليه، وإن كان المأمور دفع العبد إلى الآمر على وجه التمليك، فهو للآمر،

وقال أبو يوسف ومحمد: هو جائز للآمر لازم له في الوجهين جميعًا.

والحاصل: أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين على الوكيل لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع، ولا المبيع متعينًا، وعندهما يصح، وإذا كان البائع متعينًا، أو كان المبيع متعينًا، فالتوكيل صحيح إجماعًا، والتوكيل بالسلم[1] إذا أضيف إلى دين على الوكيل بأن قال لمديونه: أسلم مالي عليك في كذا إلى من شئت على الخلاف، وإذا كان المسلم إليه متعينًا يجوز بالإجماع.

هما يقولان: بأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات على ما مر قبل هذا، فصار وجود هذه الإضافة والعدم بمنزلة، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك، وأبو حنيفة يقول: أمره بتمليك الدين من غير من عليه الدين، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يصح، فالآمر به لا يصح أيضًا. بيانه أنه أمره أن يشترى له عبدًا بالدين الذي عليه، والشراء تمليك من الجانبين، فكانه قال: ملك مالي عليك من الدين بخلاف ما إذا عين البائع؛ لأن هناك أمره بتمليك العين.

بيانه: أن البائع إذا كان متعينًا يجعل البائع وكيلا عن رب الدين بقبض ما على الوكيل من الدين أولا، وأمكن جعله كذلك؛ لأن التوكيل بالقبض للمعين صحيح، فجعلنا البائع وكيلا عن رب الدين، أولا بالقبض من الوكيل، ثم جعلنا الوكيل بالشراء وكيلا بالشراء بذلك المقبوض، كأن رب الدين قال للمديون: ادفع مالي عليك إلى فلان ثم اشتر لي بذلك المدفوع منه عبدًا، فأما إذا لم يكن البائع متعينًا، لا يمكن أن يجعل البائع وكيلا بالقبض أولا؛ لأن توكيل القبض بالمجهول باطل، ألا ترى لو قال لمديونه: ادفع مالي عليك من الدين إلى من شئت، كان باطلا، فيكون هذا أمرًا بتمليك الدين من غير من عليه الدين، وأنه لا يجوز.

ثم على قول أبي حنيفة: إذا لم يصح التوكيل إذا لم يكن البائع، ولا المشترى متعينًا لو اشترى الوكيل شيئًا، لزم الوكيل حتى لو هلك في يد الوكيل هلك على الوكيل[2]، وإذا دفعه إلى الموكل على وجه التمليك يصير للموكل؛ لأنه يصير بائعًا منه

---

(١) وفي الأصل: "التسليم".

(٢) وفي م: "هلك على البائع".

بالتعاطى، وعندهما لما صح التوكيل إذا اشترى الوكيل شيئًا كان المشترى للموكل، وإن كان البائع أو المشترى متعينًا لو اشترى الوكيل شيئًا، فالمشترى يكون للموكل بالإجماع.

١٦١١٣- وإذا قال لمديونه: تصدق بالعشرة التى لى عليك على الفقراء عنى، أو قال: كفر عن يمينى بمالى عليك، أو قال: أدّ زكاة مالى من العشرة التى لى عليك تصح الوكالة بالإجماع، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلوانى، وذكر فى كتاب الإجارات: أن من استأجر دابة ليركبها من بلدة إلى بلدة، ثم إن الآجر وكل المستأجر بأن يستأجر بالأجرة غلامًا ليسوقها، إن الوكالة صحيحة، ولم يحك خلافًا.

وذكر فيه أيضًا: إذا استأجر دارًا، فقال الآجر للمستأجر: رمّ ما استرمّ من الدار من الأجرة التى عليك، كانت الوكالة صحيحة، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر فى الإجارات قولهما، أما على قول أبى حنيفة: الوكالة باطلة، وبعضهم قالوا: ما ذكر فى الإجارات قول الكل، والأصح أصح.

نوع آخر
فى الاستحقاق المشترى بعد ما هلك فى يد الوكيل بالشراء:

١٦١١٤- قال: الوكيل بشراء جارية بعينها، أو بغير عينها إذا اشتراها ونقد الثمن، وقبضها، فماتت فى يد الوكيل، ثم استحقها رجل، فهو بالخيار إن شاء ضمن البائع قيمتها، وإن شاء ضمن المشترى؛ لأن كل واحد منهما غاصب فى حقه، ولا سبيل للمستحق على الآمر؛ لأنه لم يقبض الجارية، فلم يصر غاصبًا، فلم يجعل الموكل قابضًا بقبض الوكيل فى حق صيرورة الموكل غاصبًا.

وفرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالقبض، فإن من اشترى جارية، ووكل رجلا بقبضها، فقبضها الوكيل، وهلكت فى يده، ثم استحقت كان للمستحق الخيار، إن شاء ضمن البائع، وإن شاء ضمّن الوكيل، وإن شاء ضمّن الموكل، وجعل الموكل قابضًا يقبض الوكيل.

والفرق : وهو أن الوكيل بالشراء أصيل فى حق القبض ، وليس بنائب عن الموكل ؛ لأنه من حقوق العقد ، والعاقد أصيل فى حق حقوق العقد ، فكان القبض من هذا الوجه واقعًا للوكيل أكثر ما فيه أنه واقع للموكل من وجه آخر ، فلا جرم يصير الموكل قابضًا من وجه دون وجه ، فيقع الشك فى كونه غاصبًا من وجه ، والغصب لا يثبت بالشك ، فأما الوكيل بالقبض نائب عن المالك فى القبض من كل وجه ، فكان قبض الوكيل واقعًا للموكل من كل وجه ، والقبض كان غصبًا من حيث هو إتلاف ، والمرء يكون متلفًا بنائبه ، فلهذا كان للمستحق أن يضمن الموكل ، ثم فى الوكيل بالشراء إذا اختار المستحق تضمين الوكيل ، وأخذ منه قيمة الجارية ، كان للوكيل أن يرجع على البائع بالثمن ؛ لأن استرداد القيمة بمنزلة استرداد عينها ، ولو استرد عين الجارية ، أليس أنه ينتقض العقد ، ويرجع الوكيل على البائع بالثمن ، فههنا كذلك ، ولا يرجع الوكيل على الآمر بما غرم من قيمة الجارية للمستحق .

فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا باع وقبض الثمن ، وهلك الثمن فى يد الوكيل ، فاستحق المبيع من يد المشترى ، ورجع المشترى على الوكيل بالثمن ، كان للوكيل أن يرجع على الآمر بما غرم من الثمن للمشترى ، والفرق : أن الوكيل بالبيع نائب محض فى قبض الثمن ؛ لأن الثمن بمقابلة المبيع ، وهو ملك الموكل ، لا حق للوكيل فيه ، فكذا للوكيل بدله ، فكان قبضه فيه واقعًا للموكل ، فكان ضمان القبض عليه ، فلهذا يرجع بما غرم على الموكل ، فأما الوكيل بالشراء يقبض ما قبض بمقابلة ما ملك عليه ، وهو الثمن ، فيصير قابضًا لنفسه من هذا الوجه إن كان قابضًا للموكل باعتبار الحكم وهو الملك ، وضمان الغصب ضمان قبض ، فلا يثبت من جهة الموكل مع التردّد .

وإن اختار المستحق تضمين البائع ، تمّ البيع بين البائع وبين المشترى ، وسلّم الثمن للبائع إن كان قبض الثمن ؛ لأن البائع لما ضمن قيمتها للمستحق ملكها من وقت الغصب السابق ، وبيعه من المشترى كان بعد ذلك ، فظهر أنه حين باع ، باع ملك نفسه ، فنفذ بيعه ، وسلم المبيع للمشترى ، فيسلم الثمن للبائع فى مسألة الوكيل بالقبض ، إن اختار

المستحق تضمين البائع ، تم البيع لما مر[١] ، وإن اختار تضمين الوكيل أو الموكل انتقض البيع غير أنه إذا اختار تضمين الوكيل ، رجع بما ضمن على الموكل ؛ لأنه كان عاملا له فى القبض ، وكان قرار الضمان عليه ، وإن اختار تضمين الموكل ، فالموكل لا يرجع على أحد ؛ لأن قبض الوكيل وقع له ، فكأنه قبض بنفسه -والله أعلم- .

(١) أثبتنا من "مظ" ، وفى الأصل : قوله : "تم البيع" ساقط .

الفصل الحادى عشر
فى التوكيل بالبيع

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع : فى التوكيل بالبيع المطلق إذا باع، ما سوى الدراهم والدنانير، أو باع بالنسيئة، أو باع بالعين.

١٦١١٥- الوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عزّ، وهان، وبأى ثمن كان عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يملك البيع إلا بمثل القيمة، أو بأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، ولا يملك البيع إلا بالثمن المعتاد فيما بين الناس.

١٦١١٦- وإذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة، جاز عند علمائنا، وإن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة بأن باع مثلا إلى خمسين سنة، أو ما أشبه ذلك، فعلى قول أبى حنيفة : يجوز، وعلى قول أبى يوسف ومحمد : لا يجوز.

قال مشايخنا : وإنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد، وأما إذا كان فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد، لا يجوز البيع بالنسيئة، وذلك نحو أن يقول : بع هذا العبد، واقض دينى، أو قال : بع، فإن الغرماء يلازموننى، أو قال : بع، فإنى أحتاج إلى نفقة عيالى، ففى هذه الصورة ليس له أن يبيع بالنسيئة، وقد روى عن أبى يوسف نحو هذا، فإنه روى عنه إذا وكله بالبيع على وجه التجارة، فله أن يبيعه بالنسيئة، وإن وكله بالبيع لحاجته إلى النفقة أو قضاء الدين، أو ما أشبه ذلك، فليس له أن يبيع بالنسيئة.

١٦١١٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف : لو أن امرأة دفعت غزلا إلى رجل ليبيعه، فهذا على البيع بالنقد، قال ثمة : إذا كان هناك ما يستدل به على إرادة البيع بالنقد، فليس له أن يبيع بالنسيئة.

١٦١١٨- قال فى "الزيادات" : وإذا قال الرجل لغيره : خذ عبدى هذا، وبعه

بعبد، أو قال: اشتر لى به عبدًا صح التوكيل، فقد صحح التوكيل بالبيع بعبد مطلق، وبشراء عبد مطلق، وإن كان لا يصح المباشرة من الموكل على هذا الوجه، فإن من قال لغيره: بعتك هذا العبد بعبد، أو قال: اشتريت منك بهذا العبد عبدًا لا يجوز.

والفرق: أن جهالة الوصف فى التوكيل لا تقضى إلى المنازعة؛ لأن التوكيل ليس بلازم، ولا كذلك المباشرة؛ لأنها لازمة، فتقضى إلى المنازعة، والمانع من الصحة المنازعة، لا نفس الجهالة.

ثم إذا صح التوكيل ينظر بعد ذلك إن كان قد وكله بالشراء، فاشترى عبدًا بغير عينه لايجوز، كما لو اشترى الموكل بنفسه، وإن اشترى عبدًا بعينه، إن كانت قيمة العبد المشترى مثل قيمة هذا العبد، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، وإن كان قد وكله بالبيع، فباعه بعبد بغير عينه لا يجوز، كما لو باع الموكل بنفسه، ولو باع بعبد بعينه، فإن كان قيمة ذلك العبد مثل قيمة هذا العبد، أو أقل مدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا يجوز، هكذا ذكر فى "الزيادات".

قيل: هذا على قولهما، فأما على قول أبى حنيفة: يجوز كيف ما كان؛ لأنه وكيل بالبيع المطلق، والوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عزّ، وهان عنده، وقيل: هذا قول الكل؛ لأن فى بيع المقايضة كل واحد من البدلين مبيع من وجه ثمن من وجه، فكان هذا توكيلا بالشراء من وجه، وبالبيع من وجه، والغبن عند أبى حنيفة إن كان يتحمل فى التوكيل بالبيع، لا يتحمل فى التوكيل بالشراء، والأول أظهر؛ لأن الثمنية أصل فيما وكل ببيعه، والعبرة للأصل هذا بيع.

١٦١١٩- ولو أمره أن يبيع عبده هذا بكر حنطة، أو بعشرة أثواب هروية، فللوكيل أن يبيعه بما سماه معينة، وموصوفًا فى الذمة مؤجلا؛ لأن التوكيل حصل بالبيع مطلقًا، وأمكن العمل بإطلاقه؛ لأن الحنطة والثياب تثبت فى الذمة فى مبادلة المال بالمال، ولهذا جاز السلم فيهما بخلاف العبد، ألا ترى أن الموكل لو باع بنفسه بحنطة موصوفة فى الذمة، أو بثياب موصوفة فى الذمة جاز، فكذا إذا باع الوكيل.

قال: ويشترط أن يكون الثياب، أو الكر على قدر قيمة العبد المأمور ببيعه، وهذا

الجواب فى الثياب ظاهر على قول الكل ؛ لأن الثياب لا تثبت فى الذمة إلا مبيعة ، ولهذا لايثبت إلا بطريق السلم حتى يشترط فيها جميع شرائط السلم ، فإذا كانت الثياب مبيعة ، كان العبد ثمنًا ، فكان هذا توكيلا بالشراء ، والوكيل بالشراء لا يتحمل منه الغبن الفاحش ، وأما فى الحنطة فما ذكر من الجواب قولهما ؛ لأن الحنطة إذا لم تكن معينة ، وقد استعملت استعمال الأثمان كانت ثمنًا ، وههنا استعملت استعمال الأثمان ، وكان هذا توكيلا ببيع العبد والوكيل بالبيع لا يتحمل منه الغبن الفاحش عندهما ، وعند أبى حنيفة : يتحمل ، فيملك البيع بالحنطة على أى وجه كانت الحنطة .

نوع آخر:

فى التوكيل بالبيع المطلق إذا باع بيعًا فاسدًا ، ويدخل فيه مسألة الوكيل بالشراء المطلق إذا اشترى شراء فاسدًا ، ومسألة الوكيل بالبيع الفاسد إذا خالف .

١٦١٢٠- قال محمد : إذا وكل الرجل رجلا أن يبيع عبده بألف درهم ، وقيمته ألف درهم أو خمسمائة ، فباعه بألف درهم إلى العطاء ، وسلمه إلى المشترى ، فمات فى يده ، أو أعتقه ، فلا ضمان على الوكيل ، وعلى المشترى القيمة ، ويكون حق قبض القيمة للوكيل ، أما لا ضمان على الوكيل ؛ لأنه لو ضمن ، ضمن بالخلاف ، ولو صار مخالفًا ، إما أن يصير مخالفًا بسبب فساد البيع لكون الأجل مجهولا ، أو بسبب أنه حصل للآمر أقل من المسمى إذا كانت قيمة العبد خمسمائة لا وجه إلى الأول ؛ لأن البيع الفاسد يدخل تحت مطلق البيع ، كالبيع الجائز ، ولا وجه إلى الثانى ؛ لأن هذا خلاف ثبت حكمًا لا قصدًا ؛ لأنه باعه بألف ، كما أمره به إلا أن وجوب الخمسمائة كان حكمًا لفساد العقد ، لا قصدًا ، ومثل هذا لا يعتبر فى إثبات المخالفة .

وأما وجوب القيمة على المشترى ؛ لأن هذا البيع فاسد ، والبيع الفاسد يوجب القيمة على المشترى عند تعذر الرد ، وأما حق قبض القيمة للوكيل ؛ لأن القيمة وجبت بالعقد ، وكان قبضها من حق العقد ، فيكون للعاقد .

١٦١٢١- رجل أمر رجلا أن يبيع عبده بألف درهم ، فباعه بخمسمائة إلى العطاء ، وقيمته ألف أو خمسمائة ، وقبضه المشترى ، لا يملكه ؛ لأنه صار مخالفًا ، ولم

يعتبر فضل قيمته إن كانت ألفًا وخمسمائة ؛ لأن الموافقة والمخالفة يعتبر فى المسمى والمشروط دون ما يثبت حكمًا، وفيما يرجع إلى التسمية، وهو مخالف إلى شر ؛ لأنه وكله بالبيع بألف، وقد باع بخمسمائة، فإذا صار مخالفًا لم يكن هذا البيع داخلا تحت التوكيل، فصار الوكيل فى هذا البيع كما قبل الوكالة، وقبل الوكالة لو باعه وقبضه المشترى، لا يصير ملكًا له حتى لو أعتقه لا ينفذ عتقه، كذا ههنا، فلو مات فى يد المشترى كان للآمر الخيار، إن شاء أخذ القيمة من المشترى، وإن شاء من الوكيل، كما لو باع عبد الغير من غيره من غير توكيل، فمات فى يد المشترى، فإن أخذ القيمة من المشترى لم يرجع بها على غيره ؛ لأنه ضمن بفعله، ولم يرد على يده جناية غيره، فهو كغاصب الغاصب، وإن ضمن الوكيل رجع بما ضمن، وهو القيمة على المشترى.

فمن مشايخنا من قال : إنما يرجع على المشترى بالقيمة باعتبار أن البيع لم ينفذ ؛ لأنه أمين فى العين، والمودع إذا باع وسلم، ثم ضمن لم ينفذ بيعه، هكذا روى عن محمد، ومن مشايخنا من قال : لا، بل هذا البيع نافذ كبيع المودع الوديعة بغير إذن صاحبها على ما هو جواب ظاهر الرواية، فقضية هذا أن لا يرجع على المشترى بالقيمة، ولكن الوجه فى الرجوع على المشترى بالقيمة ؛ لأن البيع ههنا، وإن نفذ إلا أنه بيع فاسد والبيع الفاسد يوجب ضمان القيمة، فلهذا رجع على المشترى بضمان القيمة.

١٦١٢٢- وإذا أمره أن يبيع عنده بيعًا فاسدًا، فباع بيعًا جائزًا، القياس أن لا يجوز على الآمر، وبه أخذ محمد ؛ لأنه وكله ببيع يملك الآمر نقضه، وقد أتى ببيع لا يملك الآمر نقضه، فهو نظير ما لو وكله بأن يبيعه بخمر أو خنزير، فباعه بالدراهم بيعًا جائزًا، وفى الاستحسان : يجوز على الآمر، وهو قول أبى حنيفة لأنه وكله بالبيع، وإن شرط شرطًا فاسدًا، وقد لقى[1] الآمر بالشرط لكونه معصية، فكأنه أمره بالبيع مطلقًا.

فأما مسألة البيع بخمر أو خنزير، فلا ذكر لها فى الكتاب قالوا : وينبغى أن يجوز على قول أبى حنيفة ؛ لأن اشتراط الخمر والخنزير قد لغا، وبقى قوله : بع هذا العبد، والحاصل فى جنس هذه المسائل : أنه ينظر إن الفساد نشأ عمّا ذا، فيلغو ذلك، ويعمل بالباقى.

---

(١) وفى الأصل وم : "بقى".

١٦١٢٣- رجل أمر رجلا أن يشترى له عبدًا بألف درهم، فاشتراه بألف إلى العطاء، ومات العبد فى يد الوكيل كان على الوكيل القيمة لكون الشراء فاسدًا، ثم يرجع بما ضمن من القيمة على الآمر، وإن كان أكثر من الألف؛ لأن الشراء وقع للموكل؛ لأنه لم يصر مخالفًا؛ لأن الأجل فى الدين ينقض المسمى، فصار كالوكيل بالشراء بألف درهم، إذا اشترى بتسعمائة، وذلك لا يعتبر خلافًا، ولا يصير مخالفًا من حيث إنه يلزم الموكل زيادة على المسمى، بأن تكون قيمته ألفين؛ لأن ذلك أمر حكمى على ما مر، ولو يمت العبد حتى أعتقه الموكل صح، ولو أعتقه الوكيل لا يصح؛ لأن الشراء لما نفذ على الموكل صار العبد مملوكًا للموكل، فكان الموكل معتقًا ملك نفسه والوكيل معتقًا ملك غيره.

ولو أن هذا الوكيل اشتراه بألف درهم وعشرة إلى العطاء، وباقى المسألة بحالها، لا يرجع بما ضمن من القيمة على الآمر؛ لأنه لا يصير[1] مشتريًا للآمر؛ لأنه وكله بالشراء بألف، وهو اشتراه بالزيادة على ذلك، فصار مخالفًا إلى شر[2]، فيصير مشتريًا لنفسه حتى لو أعتقه الموكل قبل أن يموت لم يصح، ولو أعتقه الوكيل صح.

١٦١٢٤- ولو وكله أن يبيع عبدًا له بألف درهم إلى أول عطاء يكون، فباعه إلى العطاء الثانى، وقبضه المشترى، فمات فى يده لم ينفذ على الآمر؛ لأن الزيادة فى الأجل نقصان فى المسمى، فصار كالوكيل بالبيع بألف إذا باع بتسعمائة، ومتى لم ينفذ على الآمر، صار الوكيل ضامنًا بالتسليم، فإن شاء المالك ضمن المشترى القيمة، وإن شاء ضمن الوكيل كان ضمّن المشترى لم يرجع على أحد، وإن ضمن الوكيل نفذ بيعه، وإن كان فاسدًا، فيرجع بالقيمة على المشترى، فلو لم يمت، ولكن أعتقه المشترى، لا ينفذ عتقه؛ لأنه لم يصر مسلكًا له.

ولو باعه بألف درهم إلى أجل دون العطاء نفذ على الآمر حتى لا يضمن الوكيل؛ لأن النقصان فى الأجل المأمور به زيادة فى الثمن، ولو زاد على الثمن المأمور به حقيقة، لا يعتبر ذلك خلافًا، فكذا إذا زاد معنى، وإذا لم يصر مخالفًا نفذ على الآمر، فلا

(١) كذا فى "ظ"، وفى الأصل: لم يصر.

(٢) كذا فى "ظ"، وفى الأصل: إلى الشراء، وهو خطأ.

يضمن الوكيل بهذا، لكن يضمن المشترى القيمة، لكون الشراء فاسدًا، ولو لم يمت، ولكن أعتقه المشترى نفذ عتقه؛ لأنه أعتق ما يملك.

١٦١٢٥- وإذا أمر رجلان أن يشترى له عبدًا بألف درهم إلى العطاء، فاشترى بألف درهم إلى أجل مجهول دون العطاء، صار مشتريًا لنفسه؛ لأن نقصان الأجل زيادة فى المسمى معنى، والوكيل بالشراء إذا زاد على المسمى حقيقة يصير مشتريًا لنفسه، فكذا إذا زاد معنى.

١٦١٢٦- وإذا أمر الرجل رجلا أن يبيع عبدًا له بألف درهم، فباعه بألف درهم، ورطل من خمر بغير عينها، فمات فى يد المشترى، فالمشترى ضامن للقيمة، ولا ضمان على البائع، أما لا ضمان على البائع لأنه لم يصر مخالفًا، لا فى العقد، ولا فى الثمن أما فى العقد، فلأن التوكيل فى البيع بألف يتناول بيعًا لا يشوبه شراء، فكان المأتى به بيعًا محضًا، وأما فى الثمن فلأن تقدير الثمن من الموكل يمنع النقصان، أما لا يمنع الزيادة، وأما على المشترى القيمة لكون العقد فاسدًا، وتكون ولاية قبض القيمة للوكيل؛ لأنه هو العاقد، ولو باعه بألف درهم و رطل من خمر بعينها، فمات فى يد المشترى، فعلى قياس قول أبى حنيفة: الآمر بالخيار، إن شاء ضمّن المشترى قيمة العبد، ولم يرجع على البائع بشىء، وإن شاء ضمّن البائع، وعند ذلك يقسم العبد على ألف درهم، وعلى قيمة الخمر، فما أصاب الألف من العبد لم يضمنه البائع، ولكن يضمنه المشترى، وما أصاب قيمة الخمر يضمنه البائع، وإنما كان كذلك؛ لأن ما يخص العبد من الألف، فالوكيل فيه موافق، وليس بمخالف لا فى العقد، ولا فى الثمن، أما فى العقد، فلأنه أمره ببيع الكل بألف، وباع ذلك القدر بألف، وهذا خلاف فى جنس ما أمر به، فلا يعد خلافًا بقى الخلاف فى أنه أمره ببيع كل العبد بألف، وقد باع بعض العبد، ولكن بهذا لا يصير مخالفًا عند أبى حنيفة؛ لأن عنده الوكيل ببيع العبد يملك بيع بعض العبد، فعلم أن المأمور لم يصر مخالفًا فيما يخص الدراهم من العبد، فلم يكن عليه ضمان ذلك القدر، فأما ما كان بمقابلة الخمر من العبد، فالمأمور به قد خالف من حيث العقد؛ لأنه أمره ببيع لايشوبه شراء، والمأتى به فى ذلك القدر شراء من وجه؛ لأن الخمر متى كان بعينه، فهو سلعة كسائر المكيلات، فكان البيع بذلك القدر شراء من وجه، فصار مخالفًا ضامنًا بالتسليم، فإن شاء الآمر ضمّن البائع ذلك القدر، وإن شاء ضمّن المشترى جميع

القيمة؛ لأنه فى البعض مشترى شراءً فاسداً، وفى البعض مشترى من الغاصب، فإن ضمن المشترى لا يرجع بذلك على أحد؛ لأنه ضمن بفعل نفسه، وإن ضمن البائع رجع بما ضمن على المشترى؛ لأن بيعه فى ذلك القدر نفذ عليه بأداء الضمان، وهذا كله على قول أبى حنيفة، فأما على قول أبى يوسف ومحمد: فللمالك الخيار، إن شاء ضمن البائع جميع القيمة؛ لأنه صار مخالفًا فى كل العبد، أما فيما يخص الخمر، فلما قلنا، وأما فيما يخص الألف فلأن المأمور يبيع كل العبد عندهما لا يملك بيع بعض العبد، وإن شاء ضمّن المشترى جميع القيمة؛ لأنه غاصب فى كل العبد.

ولو باعه بألف وخنزير بعينه، أو بغير عينه، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا باعه بألف وخمر بعينها؛ لأن الخنزير لا يكون ثمنًا بحال، فيكون كالخمر بعينها، ولو باعه بألف وميتة أو دم أو شىء لا قيمة له، وسلمه ومات عند المشترى، فلا ضمان على البائع بالاتفاق؛ لأنه لم يصر مخالفًا؛ لأن الميتة لا حصة لها من العبد؛ لأنها ليست بمال، والبيع: مبادلة المال بالمال، ولهذا لو باع جميع العبد بالميتة أو الدم لا يصير بدلا عن العبد، حتى إذا قبض المشترى العبد لايملكه، فكذا لا يصح بدلا عن بعض العبد، وإذا كان كذلك بقى جميع العبد بمقابلة الألف، فكان بيعًا محضًا لا يشوبه شراء، فلم يصر مخالفًا، فلا يكون عليه شىء، وعلى المشترى القيمة، والوكيل هو الذى يأخذها، ويدفعها إلى الآمر.

١٦١٢٧- ولو أمره أن يبيع عبد له بخنزير بعينه، أو بغير عينه، ففعل ومات فى يد المشترى، فلا ضمان عليه؛ لأنه أتى بما أمر به، وكان على المشترى ضمان القيمة، فأما إذا أمره بالبيع مطلقًا، ولم يبيّن الثمن، فباعه بخنزير بعينه أو بغير عينه يجب أن تكون المسألة على الخلاف عند أبى حنيفة لا يصير مخالفًا، وعلى قولهما يصير مخالفًا، كما لو باع بمكيل أو موزون، أو عرض سوى الدراهم والدنانير.

١٦١٢٨- ولو أمره أن يبيع كر حنطة له بمائة درهم، فباعه بمائة درهم ورطل من خمر بعينها، فهلك الطعام فى يد المشترى، فالجواب فى هذه المسألة عند الكل كالجواب عند أبى حنيفة فى العبد إذا باعه المأمور بألف وخمر بعينه؛ لأن الطعام ينقسم على الدراهم والخمر، فما أصاب الخمر يصير المأمور مخالفًا فيه عند الكل، فيكون الآمر

بالخيار، إن شاء ضمّن المأمور ذلك القدر، وإن شاء ضمن المشترى، وما أصاب الدراهم لم يصر المأمور فيه مخالفًا عند الكل، لايلزمه الضمان عند الكل.

١٦١٢٩- ولو أمره ببيع عبده بمائة رطل من خمر، فباعه بخنزير أو أمره ببيع عبده بخنزير، فباعه بمائة رطل من خمر لم يملكه المشترى، حتى لو أعتقه بعد ما قبضه لا ينفذ عتقه، ولو مات فى يد المشترى، كان الآمر بالخيار، إن شاء ضمن البائع القيمة، ورجع بها على المشترى، وإن شاء ضمن المشترى، ولا يرجع بها على أحد؛ لأنه خالف أمر الموكل قصدًا فى المشروط، فيصير مخالفًا، وإن كان المسمى لا يجب ولا يستحق على المشترى، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بمائة رطل من خمر، فقال المخاطب: اشتريته بخنزير، أو قال لغيره: بعت منك هذا العبد بخنزير، فقال المخاطب: اشتريته بمائة رطل من خمر، كان مخالفًا، وجعل مبتدئًا، كذا فى مسألتنا - والله أعلم -.

نوع آخر
فى الوكيل بالبيع إذا خالف فى الثمن، وفى تغيير المبيع بعد التوكيل قبل البيع:

١٦١٣٠- قال محمد: الوكيل بالبيع بألف إذا باع بألفين جاز عندهما، خلافًا لزفر، وكذا الوكيل بشراء شىء بعينه بألفين إذا اشترى بألف جاز عندنا خلافًا لزفر.

١٦١٣١- وفى وكالة "المنتقى": إذا أمر رجلا ببيع غلامه بمائة دينار، فباعه المأمور بألف درهم، ولم يعلم الآمر بما باعه، فقال المأمور: بعت الغلام، وقال الآمر: قد أجزت جاز البيع بألف وكذلك فى النكاح، ولو قال الآمر: قد أجزت ما أمرتك به، لم يجز، وفى "نوادر هشام" عن محمد: أنه قال: سألت أبا يوسف عن رجل دفع دينارًا إلى رجل ليبيعه، فأمسك الرجل الدينار لنفسه، وأخذ من عند نفسه دينارًا مثل ذلك الدينار، وباعه للآمر يجوز؛ لأنه موافق من وجه من حيث إنه باع الدينار، مخالف من وجه من حيث إنه لم يبع الدينار للآمر، وتصرف الوكيل إنما لا ينفذ على الموكل إذا خالفه من كل وجه، وذكر عين هذه المسألة عن أبى يوسف فى "فتاوى أبى الليث"،

وذكر أنه لا يجوز، فصار عن أبي يوسف في المسألة روايتان.

١٦١٣٢- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف: إذا أمر رجلا أن يبيع عبده، فباعه بفلوس أو ذهب[1] تبر، أو فضة تبر بعينه، أو بغير عينه، مما يكون ثمنًا لم يجز، وفي "نوادر ابن سماعة": إذا وكله أن يبيع ثوبه بعشرة دراهم، فباعه بثلاثة دنانير أنه لا يجوز، وقد ذكرنا عن أبي يوسف في الوكيل بالشراء بخلاف هذا، وقد ذكرنا أجناس هذا في الوكيل بالشراء. وإذا وكل وكيلا ببيع عبده بألف وهو قيمته، ثم تغير سعره، وصار يساوي ألفين، قال الفقيه أبو بكر: ليس للوكيل أن يبيعه بألف.

نوع آخر
إذا حصل التوكيل بشرط ما يجب اعتباره وما لا يجب:

١٦١٣٣- الأصل في هذا النوع أن الموكل إذا شرط على الوكيل شرطًا مفيدًا من كل وجه، بأن كان ينفعه من كل وجه، فإنه يجب على الوكيل مراعاة شرطه، أكده بالنفي أو لم يؤكده، بيانه: فيما إذا قال: بعه بخيار، فباعه بغير خيار لا يجوز؛ لأنه ترك شرطًا مفيدًا نافعًا من كل وجه؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يزيل المبيع عن ملكه، فيجب على الوكيل مراعاته، وإذا شرط في العقد شرطًا لا يفيد أصلا، بأن كان لا ينفعه بوجه ما، بل يضره، لا يجب على الوكيل مراعاته، أكده الموكل بالنفي أو لم يؤكده، بيانه: فيما إذا قال: بعه بألف نسيئة، أو قال: لا تبعه إلا بألف نسيئة، فباعه بألف نقد يجوز على الآمر؛ لأن هذا شرط لا يفيد أصلا، بل يضره، فلا تجب مراعاته.

وإذا شرط شرطًا يفيد من وجه، ولا يفيد من وجه، بأن كان ينفع من وجه، ولا ينفع من وجه، إن أكده بالنفي يجب مراعاته، وإن لم يؤكده بالنفي لا تجب مراعاته، بيانه: فيما إذا قال له: بعه في سوق كذا، فباعه في سوق آخر، فإن لم يؤكده بالنفي بأن لم يقل: لا تبعه إلا في سوق كذا، فباعه في سوق آخر، ينفذ على الآمر، وإن أكده بالنفي لا ينفذ على الآمر؛ لأن تعيين السوق قد ينفعه، وقد لا ينفعه؛ لأن من الأسواق ما تكون التجارة فيه أربح في بعض الأزمان، ومنها ما لا يكون التجارة فيها أربح في

---

(١) وكان في الأصل: "بتبر".

بعض الأزمان، فكان التعيين مفيداً من وجه دون وجه، ولو كان التعيين مفيداً من كل وجه يجب مراعاته على كل حال، ولو لم يكن مفيداً من كل وجه لا يجب مراعاته أصلا، فإذا كان بينهما قلنا: إن أكده بالنفى يجب مراعاته، وإن لم يؤكده بالنفى لا يجب مراعاته.

١٦١٣٤- إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى تخريج المسائل، فنقول: إذا أمره أن يبيع ويشهد على بيعه، فإن لم يؤكده بالنفى، بأن قال: بع واشهد فباع ولم يشهد، جاز، وإن أكده بالنفى بأن قال: لا تبع إلا بشهود فباع ولم يشهد لا يجوز؛ لأن الإشهاد ينفعه من وجه بأن يجحد المشترى، ولا ينفعه من وجه، بأن لا يجحد المشترى، وكذلك ينفعه إذا لم يغب الشهود، ولم يموتوا، ولا ينفعه إذا غابوا أو ماتوا، فقلنا: إن أكده بالنفى يجب مراعاته، وإن لم يؤكده بالنفى لا يجب مراعاته.

١٦١٣٥- وإذا أمره أن يبيع برهن، أو كفيل، فباع من غير رهن أو من غير كفيل لا يجوز، أكده بالنفى أو لم يؤكده، وإذا قال: بع برهن يفى به لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن، أو يكون قيمته أقل مقدار ما يتغابن فيه، وإذا أطلق جاز بالرهن القليل، وعندهما لا يجوز إلا بنقصان يتغابن فيه؛ لأن هذا رهن مشروط فى البيع، فيكون حكمه حكم البيع، والحكم فى الوكيل بالبيع المطلق ما ذكرنا، وإذا قال: بعه برهن، فباعه وأخذ الرهن، فلا سبيل للموكل على الرهن، هذه الجملة من الأصل، ولو رد الوكيل الرهن، فهو ضامن هذه الزيادة من البقالى.

١٦١٣٦- وإذا أمره أن يبيعه من فلان بثمن دين، فباعه من رجل آخر بثمن دين لا يجوز؛ لأن تعيين المشترى إذا كان الثمن دينًا ينفعه من كل وجه؛ لأن الذمم[1] مما يتفاوت فى الملا، بخلاف ما إذا كان الثمن عينًا، بأن قال: بعه بالجارية التى لفلان، فباع فلان الجارية من رجل آخر، ثم إن الوكيل باع العبد بتلك الجارية من المشترى جاز؛ لأن تعيين المشترى إذا كان الثمن عينًا لايفيد، وإن باعه منه، ومن آخر لا يجوز البيع فى النصف الذى باعه من آخر، كما لو باع الكل منه، وإذا لم يجز بيع هذا النصف، هل يجوز البيع فى النصف الآخر؟ فعلى قول أبى حنيفة: يجوز، وعلى قولهما: لا يجوز

(١) هكذا فى ظ ف وم، وكان فى الأصل: "الثمن".

إلا أن يبيع الباقى ؛ لأن بيع ذلك النصف إذا لم يجز صار كأنه لم يبع ذلك النصف، إنما باع هذا النصف الآخر من الذى عينه، وهناك المسألة على الخلاف، وفى باب الوكالة بالسلم إذا أسلم إلى غير من مسمى الموكل صار مخالفًا كما لو أسلم فى غير ما سماه.

١٦١٣٧- وإذا وكله بالبيع نسيئة، فباع بالنقد، إن باع بالنقد بما يباع بالنسيئة يجوز، وما لا فلا، فى أول مضاربة شيخ الإسلام، وذكر فى وكالة "شرح الطحاوى": أن البيع جائز من غير فصل، وكذلك إذا قال له: لا تبعه بالنقد، ذكر ثمة أنه يجوز من غير فصل.

وفى كتاب الوكالة: إذا قال: بعه نسيئة بسنة فباعه بألف أو أكثر بالنقد جاز؛ لأنه وإن صار مخالفًا إلا أن هذا خلاف إلى خير من كل وجه، وإن باع بأقل من الألف بالنقد لايجوز؛ لأنه إن خالف إلى خير من حيث التعجيل فقد خالف إلى شر من حيث المقدار، والخلاف إلى شر من وجه يكفى للمنع من النفاذ، وإن باعه بألفين نسيئة سنة وشهرا أيضًا لا يجوز؛ لأنه وإن خالفه إلى خير من حيث المقدار، فقد خالفه إلى شر من حيث إنه زاد على أصل الأجل، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، ولو قال: بعه على أن تشهد، فباع من غير إشهاد لا يجوز، وإذا قال: بعه وانتقد، فهو على البيع بالنقد، وليس له أن يبيعه نسيئة -والله أعلم-.

نوع آخر
يتصل بهذا النوع:

١٦١٣٨- إذا أمر رجلا أن يبيع عبدًا له، ودفع العبد إليه، ونهاه الآمر عن دفع العبد بعد البيع حتى يقبض الثمن، قال محمد: هذا النهى باطل، وقال أبو يوسف: صحيح، هكذا ذكر المسألة فى "الجامع"، ولم يذكر قول أبى حنيفة، قيل إنه كقول محمد، وهذا الاختلاف بناء على أن المذهب عند أبى حنيفة ومحمد أن جهة المالكية فى حقوق العقد التى يثبت للوكيل راجحة، فيصير الوكيل فى حق تلك الحقوق مالكًا، والموكل أجنبيًا، ولهذا صح إبراء الوكيل المشترى عن الثمن عندهما، ونهى المالك عن التصرف فى ملكه لا يصح، وعند أبى يوسف جهة النيابة راجحة، ولهذا لا يصح إبراء

الوكيل المشترى عن الثمن، ونهى الإنسان نائبه عن التصرف صحيح.

إذا ثبت هذا فنقول: عند أبى يوسف لما صح النهى. لو دفع الوكيل العبد إلى المشترى قبل قبض الثمن، كان على المشترى أن يرد العبد على الوكيل حتى يستوفى الوكيل الثمن؛ لأن نهى الوكيل لما صح عنده لم يصح بتسليم الوكيل، فحصل قبض المشترى بغير إذن صحيح، فكان عليه أن يرده، ولو هلك العبد فى يد المشترى هلك على المشترى؛ لأن قبض المشترى صادف ملكه، وهلاك مال الإنسان فى يده يكون عليه، ويضمن المشترى الثمن دون القيمة؛ لأنه ملكه بعقد صحيح، والمملوك بعقد صحيح يكون مضمونًا على المشترى بالثمن دون القيمة، والوكيل هو الذى يتولى قبض الثمن؛ لأنه هو العاقد، وللموكل أن يضمن الوكيل الثمن؛ لأن حبس المبيع ثبت صيانة للثمن، فإذا لم يفعل صار متلفًا للثمن، ويرجع به على المشترى فيسلم له، فأما على قول أبى حنيفة ومحمد فلا ضمان على الوكيل، ووجود المنهى وعدمه بمنزلة.

١٦١٣٩- ولو أن الآمر دفع العبد إليه، وقال: لا تبعه حتى تقبض الثمن، فباعه قبل قبض الثمن، كان البيع باطلا؛ لأنه نهاه عن البيع مطلقًا، وهذا النهى إلى غاية قبض الثمن، فبقى البيع قبل قبض الثمن ممنوعًا عنه، فلهذا لم ينفذ، فأبو حنيفة ومحمد فرّقا بينهما إذا نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن، وبين ما إذا نهاه عن التسليم بعد البيع.

والفرق: أن النهى فى قوله: لا تبع حتى تقبض الثمن دخل على البيع، والوكيل فى حق ذلك البيع، وإن كان مالكًا من وجه؛ لأنه يملك أصل البيع من غير وكالة نائب من وجه؛ لأنه لا يملك التنفيذ على الموكل قبل الوكالة، فيعمل نهيه من حيث إنه نائب إن كان لا يعمل من حيث إنه مالك، أما فى تلك المسألة النهى دخل على التسليم، والتسليم من حقوق البيع، والوكيل بالبيع فى حق الحقوق بمنزلة المالك من كل وجه عندهما، والنهى فى حق المالك لايعمل أصلا، فلهذا افترقا.

هذا إذا أمره بالبيع، ودفع العبد إليه، فأما إذا لم يدفع العبد إليه، فباعه فى يد الآمر بألف درهم حالة، لم يكن له أن يسلم العبد حتى يقبض، سواء كان الآمر نهاه عن الدفع إلى المشترى قبل قبض الثمن أو لم ينهَ، فرق بين هذا وبينما إذا أسلم العبد إلى الوكيل وأمره بالبيع، كان له أن يسلم العبد إلى المشترى قبل قبض الثمن قبل النهى

وبعده عندهما، وقبل عند أبى يوسف.

والفرق: أنه إذا أسلم العبد إلى الوكيل، فقد أبطل يده، وأثبت للوكيل يد الوكالة، وبتلك اليد يتسلط على التسليم، وثمرة تلك اليد وهو حق التسليم يثبت للوكيل فى حق الأحوال كلها عند أبى حنيفة ومحمد، وقبل النهى عند أبى يوسف، وتلك اليد متقدمة ههنا، ويد الموكل قائمة، فلا يجوز إبطاله إلا برضاه.

١٦١٤٠- ولو باعه بألف درهم نسيئة إلى شهر، والعبد فى يد الآمر صحّ البيع. وقد ذكرنا قبل هذا الكلام فى البيع بالنسيئة أنه هل يدخل تحت البيع المطلق؟ وإذا صح البيع ليس للموكل أن يحبسه عن المشترى، فرق بين هذا، وبينما إذا باعه الوكيل بثمن حال، والعبد فى يد الموكل، فإن هناك للموكل أن يحبسه من المشترى بالثمن، والفرق: أن بيع الوكيل بالنسيئة، وأنه داخل تحت الأمر بمنزلة بيع الآمر بنفسه من وجه، والآمر لو باع بنفسه من كل وجه بالنسيئة يجبر على التسليم، ولو باع حالا لا يجبر، فكذا إذا باع الوكيل، وهذا هو الحيلة للوكيل إذا أراد تسليم السلعة إلى المشترى قبل استيفاء الثمن أن يبيع بثمن مؤجل، ولو دفع الآمر العبد إلى المأمور به، وأمره أن يبيعه ونهاه أن يدفعه إلى المشترى بعد البيع حتى يستوفى الثمن، فباعه المأمور، ولم يقبض الثمن حتى أخذ الآمر العبد من المأمور، ثم أراد المأمور أن يأخذه من الآمر ويدفعه إلى المشترى قبل قبض الثمن، وأبى الآمر أن يدفع حتى يقبض المأمور الثمن، كان للآمر ذلك؛ لأن الآمر لما أخذ العبد من الوكيل انتقض يد الوكيل، وعاد العبد إلى قديم يد الآمر، فصار كأن الآمر لم يدفع العبد إلى الوكيل هناك كان الآمر كما قلنا، كذا ههنا، وهذا بخلاف ما لو كان الوكيل سلم العبد إلى المشترى قبل قبض الثمن، ثم أراد الموكل استرداد العبد لأجل الثمن، فإنه ليس له ذلك.

١٦١٤١- ولو أمره أن يبيع عبداً له، والعبد فى يد الآمر، ولم يأمره الآمر بالقبض، ولم ينهَ عن ذلك، فباعه الوكيل، ثم قبضه من منزل الآمر ليدفعه إلى المشترى، فمات العبد فى يد المأمور قبل الدفع إلى المشترى، فلا ضمان على المأمور؛ لأن للمأمور حق قبض العبد من منزل الآمر ليمكنه التسليم عند نقد المشترى الثمن؛ لأنه هو الطالب بذلك إلا إذا وجد المنع عن الموكل، ولم يوجد، فإنما أخذ العبد وله حق

الأخذ ، فلم يكن مضمونًا عليه ، فإن لم يمت العبد وسلمه المأمور إلى المشترى قبل قبض الثمن ، فللآمر أن يأخذه من المشترى حتى ينقد الثمن ؛ لأن للآمر حق الحبس بالثمن صيانة للثمن ، فوجب مراعاة الحقين ، فراعينا حق الآمر ، فأطلقنا له المنع من الأخذ والاسترداد والإعادة إلى يده متى أخذ العبد من منزله بغير إذنه ، وراعينا حق المأمور فى القبض ، فلم يجعل العبد مضمونًا عليه متى قبضه من منزل الآمر ، فأطلقنا له المنع من الأخذ والاسترداد والإعادة إلى يده بغير أمره صريحًا ، فإن استرد الآمر العبد ، ثم أحضر المشترى الثمن ، فالآمر يدفع العبد إلى المأمور ، ويأمره بدفعه إلى المشترى ، فيدفع المأمور العبد إلى المشترى ، ويأخذ الثمن ؛ لأن الوكيل هو العاقد ، وحقوق العقد يرجع إلى العاقد ، فإن لم يسترد الآمر العبد من المشترى حتى مات فى يد المشترى ، فلا ضمان للآمر على المأمور ، ولا على المشترى ، أما على الأمور أما ضمان القيمة فلما قلنا : إنه قبض العبد وله حق القبض والتسليم إلى المشترى ، وأما ضمان الثمن فلأنه ما جرى بين الوكيل وبين الآمر عقد ، وأما على المشترى أما ضمان الثمن فلأنه لم يجر بين الآمر وبين المشترى عقدا ، وأما ضمان القيمة[1] فلأن العبد مضمون على المشترى بالثمن حتى يأخذ المأمور الثمن من المشترى ، ويدفعه إلى الآمر ، وإذا كان مضمونًا عليه بالثمن ، كيف يكون مضمونًا عليه بالقيمة؟

١٦١٤٢- ولو أمره بالبيع ونهاه عن قبضه ، فقبضه قبل البيع ، فمات فى يده قبل أن يقبضه ، فهو ضامن لقيمته ؛ لأن النهى عن قبضه قبل البيع صحيح ؛ لأن القبض إنما يصير حقًا للمأمور ليتخلص عن عهدة وجوب التسليم ، وذلك لا يكون قبل البيع ، فإذا صح النهى صار بالقبض غاصبًا ، فصار ضامنًا للقيمة ، وإن لم يمت العبد حتى باعه كان بيعه جائزًا ، وإن كان العبد مضمونًا عليه لعدم التنافى بين الغصب والوكالة ، ألا ترى أن من وكل الغاصب ببيع المغصوب جاز ، ولم يصر أمينًا ، كذا ههنا ، ثم ذكر فى بعض النسخ لو مات العبد فى يد الوكيل فى هذا الوجه ضمن الوكيل القيمة ، وانتقض البيع إن لم يرد المشترى القيمة ، هكذا ذكر فى بعض النسخ ، وهذا إشارة إلى أن البيع باقٍ ، والخيار ثابت للمشترى ؛ لأن المعقود عليه فات[2] وأخلف عوضًا ، وهو القيمة على

(١) هكذا فى ظ وف وكان فى الأصل وم : "القبض" .

(٢) وفى ف وم : "مات" .

البائع، فيبقى العقد ببقاء الخلف، ويثبت الخيار لتغير المعقود عليه قبل القبض، كما لو غصب أجنبى منه هذا العبد يوم البيع قبل التسليم إلى المشترى، وذكر فى بعض النسخ: أن العقد ينتقض، وإن أراد المشترى القيمة، وهو الأصح.

ووجه ذلك: وهو أنه تعذر إبقاء العقد ههنا على القيمة؛ لأنه لو بقى إما أن يبقى على الآمر أو على المأمور، لا وجه إلى الأول؛ لأن المأمور لما ضمن القيمة تملكه من وقت القبض والبيع منه كان بعد ذلك، فيظهر أنه باع ملك نفسه، لا ملك الآمر، فلا يمكن إبقاءه على الآمر، ولا وجه إلى الثانى؛ لأنه إنما باع العبد على تقدير أنه يبيع ملك الآمر، فإذا ظهر أنه ملكه لم يوجد منه الرضاء بالبيع، فتعذر إبقاء هذا البيع على كل واحد منهما، فانتقض بخلاف ما لو غصب منه أجنبى بعد البيع؛ لأن الغاصب متى ضمن تملكه من حين القبض، والبيع من الوكيل كان قبل ذلك، فلا يتبين أن الغاصب باع ملك نفسه، فأمكن إبقاءه على الآمر، أما ههنا بخلافه، ولو لم يمت حتى سلمه إلى المشترى، فمات فى يده لم يضمن البائع القيمة، وإن صار البائع غاصبًا بالقبض قبل البيع؛ لأن الأمر بالبيع بعد الغصب باقى، والغاصب إذا باع المغصوب بأمر المغصوب منه، وسلم إلى المشترى، برئ عن ضمان الغصب، وهل يضمن الوكيل الثمن للآمر؟ كان على الخلاف على قياس قول أبى حنيفة ومحمد: لا يضمن، بل يأخذ الثمن من المشترى، ويدفع إلى الآمر، وعلى قياس قول أبى يوسف: يضمن، ويرجع به على المشترى؛ لأن نهى الآمر الوكيل عن القبض حتى يستوفى الثمن نهى عن التسليم حتى يستوفى الثمن، ولو نهاه عن التسليم كان على هذا الاختلاف، كذا ههنا، ولا ضمان للآمر على المشترى لما مر قبل هذا.

١٦١٤٣- ولو لم يمت العبد فى يد المشترى حتى حضر الآمر، وأخذه من المشترى، ثم أخذه البائع من منزل الآمر، ليدفعه إلى المشترى قبل نقد الثمن، فمات فى يد الوكيل قبل أن يدفعه إلى المشترى، لا ضمان على الوكيل؛ لأنه قبض العبد من يد الآمر بعد البيع، ولا يضمن؛ لأن بعد البيع قبض، وله حق القبض، وانتقض البيع؛ لأن قبض المشترى بالاسترداد انتقض من الأصل، وصار كأن لم يكن، وقد فات المبيع لا إلى خلف، وفوات المبيع لا إلى خلف قبل القبض يوجب انتقاض البيع.

١٦١٤٤- رجل أمر رجلا بأن يبيع عبده ونهاه عن قبض الثمن إلا ببينة، أو إلا بمحضر فلان، لايصح نهيه حتى كان له أن يقبض الثمن من غير محضر فلان، ومن غير بينة، ولو باع الآمر العبد بنفسه ووكله بقبض الثمن ثم نهاه عن القبض إلا بمحضر شهود صح نهيه.

والفرق: وهو أن في الوكيل بالبيع النهى لا في حق الوكيل؛ لأن قبض الثمن حق الوكيل؛ لأنه من حقوق العقد، والوكيل بالبيع في حق الحقوق بمنزلة المالك، ولهذا كان للوكيل بالبيع أن يقبض الثمن من المشترى بعد موت الموكل، ولو جنّ الموكل جنونًا مطبقًا لاينعزل الوكيل، فالنهى مطلقًا كان أو مقيدًا لا في حق الوكيل، فلغا. فأما الوكيل بقبض الثمن، فهو نائب محض في حق قبض الثمن وليس بمالك، ولهذا لو مات الموكل، أو جن جنونًا مطبقًا ينعزل، فالنهى لا في حق الموكل، فصح بخلاف ما تقدم.

ولو نهاه عن البيع إلا بحضرة شاهدين أو إلا بمحضر فلان، فباعه من غير محضر فلان، أو من غير محضر شاهدين، لم يجز البيع؛ لأنه في حق نفس البيع وكيل عن الآمر، وليس بمنزلة المالك من كل وجه بدليل أنه لو مات الموكل، أو جن جنونًا مطبقًا ينعزل، فالنهى لاقى حق الموكل، فيصح، وقد ذكرنا جنس هذه المسألة في فصل التوكيل بقضاء الدين.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٦١٤٥- إذا دفع إلى رجل جراب هروى ليبيعه وهما بالكوفة، فبأى أسواق الكوفة باعه جاز، ولو نقله إلى بصرة، القياس أن لا يصير مخالفًا حتى لو هلك هناك لا يضمن، وفي الاستحسان: يصير مخالفًا حتى لو هلك هناك يضمن، ولو لم يهلك حتى باعه بالبصرة، ذكر في وكالة "الأصل": أنه لا يجوز بيعه على الآمر، وذكر في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه يجوز، وفي "النوادر": أن على قول أبي حنيفة: لا يجوز على الآمر، وعلى قول أبي يوسف: يجوز.

قيل: ما ذكر في كتاب الصرف جواب القياس، وهو قول أبي يوسف، وما ذكر في كتاب الوكالة جواب الاستحسان، وهو قول أبي حنيفة، فلما لم يضمن في القياس،

يجوز بيعه على الآمر، ولما ضمن في الاستحسان، لا يجوز بيعه على الآمر، وقيل في المسألة روايتان، وإليه مال شيخ الإسلام، وإن كان قيد الأمر بالكوفة، بأن قال: بعه بالكوفة، فنقله إلى بصرة، ضمن قياسًا واستحسانًا، وإذا باع بالبصرة عامة المشايخ على أنه لا يجوز بيعه على الآمر، قال شيخ الإسلام: يجب أن تكون المسألة على الروايتين.

وفي "فتاوى الأصل": إذا وكل الرجل رجلا ببيع شيء بعينه، إن كان ذلك الشيء مما له حمل ومؤنة، فهو على البلد الذي الوكيل والموكل فيه، حتى لو أخرجه الوكيل من تلك البلدة، وضاع ضمن وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يضمن.

نوع آخر
في الوكيل بالبيع يمتنع عن أخذ الثمن وتسليمه:

١٦١٤٦- الوكيل لا يطالب بالثمن؛ لأن الثمن ليس عليه، ولا يجبر على التقاضي والاستيفاء؛ لأنه متبرع فيما فعل من البيع والمتبرع لا يجبر على التسليم ما تبرع به، فإن تقاضى، وأخذ فيها، وإلا يقال له: أجل الموكل على المشتري، أو وكله بالتقاضي، فإن قال الوكيل بالبيع: أنا أتقاضى، وقال الموكل: أنا أتقاضى، فالتقاضي إلى الوكيل، ولا يجبر الوكيل على أن يحيل الموكل على المشتري.

ثم ما ذكرنا أن الوكيل بالبيع لا يجبر على استيفاء الثمن، فذاك فيما إذا كان وكيلا بغير أجر، فأما إذا كان وكيلا بأجر، نحو السمسار والدلال والبيّاع، يجبر على استيفاء الثمن، وقد ذكره الصدر الشهيد في مضاربة الجامع الصغير، قال مشايخنا: السمسار والبيّاع اعتبر وكيلا من جهة البائع، فإن الناس يحملون الأشياء إليهما ليبيعا لهما، وتلميذ السمسار والبيّاع اعتبر وكيل المشتري، فإنه يعرض الأشياء على المشتري، ويبعث إليه، وقلّ ما يحضر المشتري عادة، وبهذا جرت العادة فيما بين الناس أن السمسرة والبياعانة على البائع، والشاگرد أنه على المشتري.

نوع آخر

فى ضمان الوكيل الثمن للموكل ونقده الثمن من غير ضمان وصلحه عن الثمن مع الآمر وإحالته الآمر على المشترى بالثمن:

١٦١٤٧- قال محمد فى "الجامع" : رجل وكل رجلا بأن يبيع عبدًا له، فباعه ودفع العبد إلى المشترى، ولم يقبض الثمن، ثم إن الوكيل ضمن للموكل الثمن عن المشترى، فالضمان باطل حتى لا يكون للموكل أن يطالب الوكيل بالثمن؛ لأن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى تحمل ما على الأصيل من المطالبة، وليس للموكل حق مطالبة المشترى بالثمن ليتحمّلها الكفيل عنه، وإنما المطالبة على المشترى للوكيل، فيصير ضمانه عنه لنفسه، وضمان الإنسان لنفسه باطل بخلاف الوكيل بقبض الثمن إذا كفل للموكل عن المشترى الثمن الذى وكله بقبضه حيث يجوز؛ لأن هناك المطالبة ثابتة للموكل، فكان هو متحملا عن الغير للغير.

وكذلك لو أن الآمر احتال بالثمن على الوكيل كان باطلا؛ لأن الحوالة لنقل المطالبة، فإذا لم يكن للموكل على المشترى المطالبة كيف يصح النقل إلى الوكيل.

ولو لم يكن شىء من ذلك، ولكن الوكيل صالح الآمر عن الثمن الذى على المشترى على عبد الوكيل بعينه، أو قضى الوكيل الثمن عن المشترى، كان ذلك جائزًا، ويبرأ المشترى، ويصير العبد للموكل؛ لأن الصلح عن الدين قضاء للدين حكمًا، وإن وقع على خلاف جنس الحق؛ لأن موضوع الصلح على التجوز بدون الحق، والتجوز بدون الحق إنما يتحقق باقتضاء البعض وإبراء البعض، ولهذا إذا وقع الصلح على خلاف جنس الحق، ثم تصادقا على أنه لا دين يبطل الصلح اعتبارًا للقضاء الحكمى بالقضاء الحقيقى، وإذا كان هكذا صار بمنزلة ما لو قضى الوكيل الثمن عن المشترى، وذلك جائز؛ لأن قضاء دين الغير جائز.

فإن قيل: ينبغى أن لا يصح القضاء من الوكيل لا الحقيقى ولا الحكمى؛ لأن الوكيل بمنزلة المالك للثمن فى حق الحقوق، والمالك إذا تبرع على نفسه بقضاء الدين عن غريمه لايصح؛ لأنه يؤدى إلى أن يصير قاضيًا ومقتضيًا فى وقت واحد، كذا ههنا.

قلنا : الثمن ثابت للموكل من وجه، وللوكيل من وجه، وجهه كونه ثابتًا للموكل من وجه يوجب صحة الصلح، إن كان جهته كونه ثابتًا للوكيل من وجه يمنع صحة الصلح؛ لأن من صالح عن دين نفسه بمال نفسه لا يجوز إلا أن الصلح متى دار بين الجواز والفساد يحكم بالجواز؛ لأن الصلح في "الأصل" وضع لدفع المنازعة ودفع الخصومة، وهما يفضيان إلى التقابل والتنافي، فما كان مفضيان إلى ارتفاعهما كان واجب التقرير والتصحيح ما أمكن، بخلاف سائر العقود، وإذا جاز الصلح لا يكون للوكيل أن يرجع بشيء لا على الآمر، ولا على المشترى، أما على الآمر فلأن الآمر يملك المال على الوكيل بسبب صحيح، وأما على المشترى فلأنه كان متبرعًا عنه في قضاء دينه بسبب هذا الصلح غير مأمور به من جهته.

ولو باع الوكيل جاريته من الآمر بالثمن الذى للآمر على المشترى، كان البيع باطلا؛ لأنه يتضمن تمليك الدين من غير من عليه الدين، وذلك لا يجوز، وكذلك لو صالح الوكيل الآمر على جارية نفسه على أن يكون الثمن للوكيل، فذلك باطل أيضًا، وكذلك لو قضى الوكيل الثمن الآمر[1] على أن يكون الثمن الذى للآمر على المشترى للوكيل كان باطلا أيضًا، والمعنى ما مرّ، فرق بين هذا وبينما إذا صالح الوكيل الآمر من الثمن على عبد، ولم يقل: على أن يكون الثمن له، أو قضى الوكيل الثمن عن المشترى، ولم يقل: على أن يكون ذلك الثمن له حيث يجوزه.

أما الفرق بين الصلح والبيع وهو أن في الصلح معنى التمليك ومعنى الإسقاط، فمتى لم يقل: على أن يكون الثمن له إن تعذر تصحيحه تمليكًا أمكن تصحيحه إسقاطًا، فيكون هذا نقضًا للثمن بشرى الموكل عن المشترى[2] عن الثمن، ومتى قال: على أن يكون الثمن له تعذر تصحيحه إسقاطًا؛ لأنه نص على التمليك وتعذر تصحيحه تمليكًا؛ لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين، بخلاف البيع؛ لأنه لا يحتمل غير معنى التمليك، فسواء شرط هذا الشرط أو لم يشترط، لم يكن تصحيحه إلا تمليكًا، وتعذر تصحيحه تمليكًا لما مر.

---

(١) هكذا في ف، وكان في بقية النسخ: "الآمر".

(٢) وفي م: "للمشترى".

وأما الفرق بين البيع والقضاء وهو أنه متى لم يشترط أن يكون الثمن له، كان هذا قضاء عريّا عن الشرط، فكان صحيحًا، ومتى شرط أن يكون الثمن له، فقد شرط فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وأنه شرط فاسد، والقضاء مما يبطل بالشروط الفاسدة.

ولو لم يكن الشيء من ذلك، ولكن الوكيل أحال الموكل على المشترى بذلك الثمن، ورضى به المشترى صح، وكان هذا وكالة لا حوالة؛ لأن تجويز هذا التصرّف بطريق الحوالة متعذر؛ لأنه لا دين للآمر على الوكيل حتى يحيله الوكيل بذلك على المشترى وتجويزها بطريق الوكالة ممكن؛ لأن حق قبض الثمن الذى على المشترى للوكيل، فالوكيل بهذا التصرف بأمر الموكل بقبض الثمن من المشترى، والوكيل إذا وكل الآمر بقبض الثمن جاز، وصار الموكل وكيل وكيله، وأنه جائز، وإذا كان هذا توكيلا، فإن طالب الآمر المشترى الثمن، أجبر المشترى على أداءه إليه، وإن طالبه الوكيل أجبر على أداءه أيضًا؛ لأن التوكيل بالقبض لا يقطع حق الموكل عن القبض بنفسه، وإن نهى الوكيل المشترى عن الدفع إلى الآمر، صح نهيه أيضًا حتى لا يجب على المشترى الدفع إلى الآمر؛ لأن وجوب الدفع إلى الآمر كان بحكم الوكالة، فإذا نهى المشترى عن الدفع إليه، وذلك يقتضى عزل الوكيل، لم يبقَ وكيلا، فلهذا لا يجب الدفع إليه.

نوع آخر
فى إقرار الوكيل بالبيع على موكله بما يوجب براءة المشترى وفى إقرار الموكل على الوكيل بما يوجب براءة المشترى:

١٦١٤٨- الأصل فى هذا النوع: أن الوكيل بالبيع متى أقر على موكله بما يوجب براءة المشترى عن الثمن، وكذبه الموكل فى ذلك، ينظر إن كان ما أقر به الوكيل على الموكل شيئًا لو أقر به الوكيل بذلك على نفسه، صح إقراره، وبرئ المشترى عن الثمن، ولم يضمن للموكل شيئًا، فإذا أقر على موكله كان كذلك، وإن كان ما أقر به على الموكل شيئًا لو أقر به الوكيل على نفسه، صح إقراره، ويبرأ المشترى عن الثمن عند أبى حنيفة ومحمد، وضمن للآمر مثل ذلك، وعند أبى يوسف: لا يبرأ المشترى، فإذا أقر

على موكله، كان كذلك، وإنما اعتبر إقرار الوكيل على موكله بما يوجب براءة المشترى بإقراره بذلك على نفسه؛ لأن الوكيل أقر بما يملكه بنفسه مضافًا إلى غيره، وإقرار الإنسان بما يملكه مضافًا إلى غيره، وذلك الغير مالك له بمنزلة إقراره بذلك على نفسه، ألا ترى أن من اشترى عبدًا، فأقر أن البائع كان أعتقه قبل البيع، كان بمنزلة ما لو أقر على نفسه أنه أعتقه للحال، كذا ههنا.

١٦١٤٩- قال محمد: رجل وكّل رجلا بأن يبيع عبده بألف درهم، فباعه وسلمه إلى المشترى، ثم أقر البائع أن الآمر قد قبض الثمن، وجحد الآمر، فالمشترى يبرأ عن الثمن عندهم؛ لأنه أقر أن الموكل استوفى الثمن، ولو أقر الوكيل أنه استوفى الثمن بنفسه، برئ المشترى عن الثمن، كذا ههنا. ثم يحلف الوكيل بالله، لقد قبض الآمر الثمن؛ لأن الوكيل أمين فى حق الثمن، فإذا أقر أن الموكل استوفى الثمن، فقد أقر الأمين أن صاحب الأمانة قبض الأمانة، وأنكر صاحب الأمانة ذلك، فكان القول قول الأمين مع اليمين كالمودع إذا قال لصاحب الوديعة، قبضت الوديعة من منزلى، وأنكر صاحب الوديعة، وهناك كان القول قول المودع مع اليمين، كذا ههنا.

ثم إذا حلف الوكيل، فإنما يحلف على البتات بالله لقد قبض الآمر الثمن، وإن كان هذا تحليفًا على فعل الغير؛ لأن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذى استحلف: لا علم لى بذلك، وهنا الوكيل يقول: قبض الموكل، فكان له علمًا بذلك، فيحلف على البتات كالمودع إذا قال: قبض صاحب الوديعة الوديعة، فإن حلف برئ، وإن نكل ضمن الثمن للآمر؛ لأن الآمر صار ممنوعًا عن قبض الثمن بإقراره، فيصير ضامنًا.

١٦١٥٠- ولو أقر الوكيل أن الآمر استقرض ألفًا من المشترى، أو اغتصب منه ألفًا قبل الشراء برئ المشترى من الثمن، وضمن الوكيل الثمن للآمر فى قياس قول أبى حنيفة ومحمد، وفى قياس قول أبى يوسف: لا يبرأ المشترى عن الثمن؛ لأن الوكيل لو أقر على نفسه بالاستقراض والغصب قبل البيع، كانت المسألة على الاختلاف؛ لأن الثمن لا يصير قصاصًا بدين الوكيل، ويضمن مثل ذلك للآمر من ماله على الاختلاف؛ لأنه أقر أنه قضى دينه من ثمن هو مال الموكل؛ لأن الثمن وجب آخرًا، وصاحب آخر

الدينين عند المقاصة ، يكون قاضيًا لا مقتضيًا ، فصار في حق الثمن سقوطا بلا استيفاء ، فينزل منزلة دعوى الإبراء ، فصار الإقرار بهذا ، والإقرار أنه أبرأه المشترى عن الثمن سواء ، ولو أقر أنه أبرأ المشترى عن الثمن ، كان براءة عن الثمن ، وضمان مثل ذلك للآمر على الاختلاف ، فكذا إذا أقر بهذا .

وإذا عرفت هذا فيما إذا أقر الوكيل بالغصب والاستقراض على نفسه قبل الشراء ، فكذا إذا أقر على موكله بذلك لما قلنا ، ثم يحلف الموكل هنا عند أبى حنيفة ومحمد ؛ لأن الضمان قد لحق الوكيل وهو بالتحليف يريد طلب النكول ليبرأ عما وجب عليه من الضمان ، فوجب تحليفه ، فإن أبى ، برئ الوكيل ، وإن حلف ضمنه الوكيل .

١٦١٥١- ولو أقر أن الآمر اغتصب من المشترى ، أو استقرض منه ألف درهم بعد الشراء ، كان القول قوله مع يمينه ؛ لأنه لو أقر بذلك على نفسه بعد البيع ، كان القول قوله ؛ لأن هذا إقرار بالاقتضاء ؛ لأن آخر الدينين هنا دين الغصب والاستقراض ، فيصير الوكيل مقتضيًا[1] الثمن بالمغصوب والمستقرض والوكيل مسلّط على الاقتضاء[2] من جهة الموكل ، ومن أخبر عن فعل هو مسلط عليه ، كان القول قوله ، فإذا ثبت هذا فيما إذا أقر على نفسه ، فكذا فيما إذا أقر على موكل بذلك ، لما قلنا .

١٦١٥٢- ولو أقر الوكيل أن الموكل جرح المشترى بعد الشراء ، أو قبله جراحة أرشها ألف حال يريد به إذا كان عمدًا حتى يكون الأرش فى ماله ، ويكون حالا ، فهو كالإقرار بالإبراء ، سواء أقر أنه جرحه قبل البيع أو بعد وقوع البيع ، فيكون على الاختلاف الذى قلنا فيما إذا أقر على موكله بالإبراء ، وإنما ذكر الحلول باعتبار أن المؤجل لا يصير قصاصًا بالحال ، وذكر العمد باعتبار أن موجب الخطأ فى مال العاقلة ، لا فى مال الموكل ، فلا يصير قصاصًا بما للموكل على المشترى من الثمن لاختلاف من عليه ، وإنما جُعل هذا بمنزلة الإقرار بالإبراء ، أما إذا أقر بالجراحة قبل البيع فلان أخر الدينين هنا ثمن المبيع ، فصار ثمن المبيع قضاء الأرش قضاء فى حق الثمن سقوطا بلا استيفاء ، فيكون بمنزلة الإقرار على موكله بإبراء المشترى ، فيكون على الاختلاف الذى مرّ ، وأما

(١) وفى م : "مقضيًا" .

(٢) وفى م : "الإقضاء" .

إذا أقر أنه جرحه بعد البيع ، فكذلك ، فرق بين هذا وبينما إذا أقر على موكله بالغصب والاستقراض بعد الشراء .

والفرق وهو أن في فصل الغصب أقر ببراءة المشترى بسبب اقتضاء الثمن ، فإنه[1] وجد من الغاصب ومن المستقرض اقتضاء الثمن ، وهو قبض عين مضمون من جنس الثمن بعد البيع ، فصار مستوفيًا للثمن ثم المقاصة تثبت حكمًا لهذا ، فلم يصر مقرّاً بالإبراء ، بل صار مقرّاً بالاقتضاء ، وفى الإقرار بالاقتضاء القول قوله مع يمينه ، كذا ههنا ، أما في باب الجراحة الجارح بالجرح لا يصير قابضًا إلا مضمونًا ليصير الإقرار به إقراراً باستيفاء الثمن ، ولكن تقع البراءة حكمًا للمقاصة التى تقع بين الثمن وبين أرش الجراحة ، فصار فى حق الثمن سقوطًا بلا استيفاء ، فينزل منزلة الإبراء ، فصار الإقرار به بمنزلة الإقرار بالإقرار ، فيكون على الاختلاف .

وكذلك لو كان المشترى امرأة ، فأقر الوكيل أن الموكل تزوجها على ألف مثل الثمن ، ودخل بها ، وأقرت المرأة بذلك ، وأنكر الآمر ، كان الجواب فيه كالجواب فى فصل الجراحة ؛ لأن الوكيل لو أقر على نفسه بذلك كان الجواب فيه كالجواب فى فصل الجراحة ؛ لأنه أقر ببراءة المشترى لا بطريق الاستيفاء ، إذ الاستيفاء قبض مال[2] مضمون من جنس الثمن بعد البيع ، ولم يوجد ، فكان هذا بمنزلة الإقرار بالإبراء ، إذا ثبت هذا فيما إذا أقر الوكيل على نفسه ، فكذا إذا أقر بذلك على موكله .

١٦١٥٣- وكذلك لو أقر الوكيل أن الآمر استأجر المشترى بمال هو مثل الثمن ، وأوفاه المشترى عمله حتى صار الثمن قصاصًا بالأجر ، كان الجواب فيه كالجواب فى فصل الجراحة لما قلنا : من المعنى . وكذا لو أقر الوكيل على الآمر أنه اشترى مائة دينار من المشترى بالثمن ، وأنه قبض الدنانير ، كان الجواب فيه كالجواب فى فصل الإجارة ؛ لأنه لو أقر بذلك على نفسه أنه فعل قبل البيع ، أو بعد البيع كانت المسألة على الاختلاف ؛ لأنه أقر ببراءة المشترى ، لا بطريق الاستيفاء ؛ لأن الدنانير ليست من جنس الدراهم ، حتى يكون الإقرار بقبض الدنانير إقراراً بالاستيفاء ، وإنما يحصل الاستيفاء بالمقاصة التى

---

(١) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم : "بأنه" .

(٢) وفى ف : "قبض عين مال" .

تحصل بثمن الدنانير، فكان هذا إقرارًا بما يوجب البراءة، لا إقرار بالاستيفاء، فصار كأن الوكيل أقر بالإبراء، وهناك كانت المسألة على الاختلاف المعروف، كذا ههنا.

١٦١٥٤- قال محمد فى "الجامع": جارية بين رجلين، وكّل أحدهما صاحبه ببيعها، فباعها بألف درهم، فأقر الشريك الآمر أن البائع قد قبض الثمن من المشترى، وادّعاه المشترى، وأنكر البائع ذلك، فقد برئ المشترى من حصة الآمر المقر، أما لا يبرأ عن النصف الذى هو حصة البائع، وإنما كان كذلك لأن الآمر ملك إبراء المشترى عن النصف الذى له، ويملك قبضه على معنى أنه لو قبضه صح، والذى أضيف إليه القبض يملك ذلك أيضًا، فيصدق فيما هو حقه؛ لأنه من ذلك الوجه إقرار على نفسه، فأما النصف الآخر فالمأمور إن كان يملك قبضه وإبراء المشترى عنه؛ لأنه حقه، فالآمر لا يملك قبضه، ولا إبراء المشترى عن ذلك، فلا يصدق المقر فى ذلك، فاعتبر حال المضاف إليه وحال المضيف فى مثل هذه التصرفات، فقيل مَن أقر بأمر مضاف إلى غيره، والمضاف إليه لا يملكه، لا يصح، وإن ملكه المقر، ومن أقر بأمر مضاف إلى غيره والمضاف إليه يملك لا يصح أيضًا، احترازًا عن تعدّى التصرف إلى غير محل الولاية، ومن أقر بأمر يملكه المضاف إليه والمضيف جميعًا يصح إقراره، وينفذ على المضيف.

وعن هذا قلنا: إن الصبى المأذون أو العبد المأذون إذا اشترى عبدًا من حر، ثم أقر أن الحر كان أعتقه لم يصح إقراره، وإن كان المضاف إليه مالكًا للإعتاق، ولكن لما لم يملك المقر ذلك، لم يصح إقراره، والحر إذا اشترى من الصبى المأذون والعبد المأذون عبدًا، وأقر أن الصبى أو العبد، كان أعتقه لم يصح أيضًا، وإن كان المقر مالكًا للإعتاق، ولكن لما لم يملك المضاف إليه ذلك لم يصح إقراره، والحر إذا اشترى من الحر عبدًا، وأقر أن البائع كان أعتقه يصح إقراره، وينفذ العتق على المقر، وهو المشترى؛ لأن كل واحد منهما مالك لذلك، فصح ونفذ على المضيف.

إذا ثبت هذا، فنقول: فى مسألتنا فى النصف الذى هو حصة المأمور الآمر لا يملك قبضه، ولا إبراء المشترى عن ذلك، فلم يصح إقراره فيه، ويبقى نصف الثمن للمأمور ليستوفيه المأمور، ولا يشاركه الآمر فى هذا النصف؛ لأن فى زعم الآمر أن المأمور قد كان قبض جميع الثمن، ولم يبق على المشترى شىء، وأن ما[1] أخذه المأمور من المشترى

---

(١) هكذا فى ظ، ف م، وكان فى الأصل: "وأمامًا".

فى هذه الحالة مغصوب فى يده، فلا يكون له حق المشاركة فيه، ثم يحلف الآمر المقر المأمور بالله ما قبض ما ادعاه الآمر؛ لأن الآمر يدعى أنه قبض الثمن منه، ولزمه تسليم حصته إليه، وهذا معنى لو أقر به المأمور لزمه، فإذا أنكر وجب تحليفه، فإن حلف، فلا شيء عليه، وإن نكل لزمه تسليم نصيب الآمر(١)، فإن كان المأمور هو الذى أقر على الآمر أن الآمر قبض الثمن من المشترى، وصدّقه المشترى، وأنكر الآمر، فالمشترى يبرأ من نصف الثمن أيضًا؛ لأن المقر يملك قبض الكل، وقد أضافه إلى من لا يملك إلا قبض النصف، فصح من ذلك قدر ما يملكه المضيف(٢)، وهو النصف وبطل ما يملكه المضاف إليه، وهو النصف ويأخذ البائع عن المشترى ذلك النصف، فلا يسلم له، بل يشاركه الآمر فيه، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق: أن فى المسألة الأولى الآمر أقر أنه لا شركة له فى هذا النصف لكونه مغصوبًا فى زعمه على ما مرّ، أما فى هذه المسألة الآمر أقر أن البائع قبض النصف الباقى من الثمن بحق؛ لأن فى زعمه أن الثمن الذى كان مشتركًا بيننا بقى على المشترى والمأمور، وهو البائع يدعى أن الآمر قبض نصيبه وغير(٣) نصيبه بالقبض، فكان البائع مدعيا تخليص نصف الباقى لنفسه، وفيه إبطال حق الآمر فى المشاركة، فلا يصدق على ذلك.

ثم قال فى بعض روايات هذا الكتاب: ويستحلف شريكه بالله لقد قبض ما ادعى، ومراده من هذا وجوب اليمين على البائع، وهو المأمور، يعنى للشريك الآمر أن يحلف المأمور بالله لقد قبضت من المشترى ما ادعيت؛ لأن البائع فى نصف الثمن الذى حضة الآمر كان أمينًا، فإذا قال الآمر: إنّك قبضت حصتك من المشترى، كان هذا بمنزلة مودع قال لصاحب الوديعة: قبضت الوديعة، وأنكر صاحب الوديعة، وهناك يجب اليمين على المودع، لا على صاحب الوديعة، كذا ههنا، فإذا حلف المأمور، فإن حلف، برئ عن دعوى الآمر، وكان ما قبض بينهما، وإن نكل عن اليمين صار مقرًا أن شريكه لم يقبض شيئًا من الثمن، وأن نصيبه إنما توى بإقراره السابق، فصار مستهلكًا

---

(١) هكذا فى ظ، وفى م: "الآخر"، وفى الأصل: "الآجر".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف: "الخصمان"، وفى م: "الضمان".

(٣) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "عينّ".

على الآمر ما بقى من حقه، وهو ربع الثمن، فيغرم ذلك.

وفى بعض روايات هذا الكتاب قال: ويستحلف شريكه بالله ما قبض ما يدعيه لشريكه، ومراده من هذه وجوب اليمين على الآمر، يعنى للمأمور أن يحلف الشريك الآمر بالله ما قبضت الثمن ولا شيئًا منه؛ لأن المأمور يدعى أن نصيب الآمر وصل إليه، وأن الباقى خالص للمأمور، وهذا معنى لو أقر به الآمر لزمه، فإذا أنكر، يستحلف رجاء النكول، فإن حلف كان الباقى بينهما، وإن نكل كان الباقى للمأمور خاصة. وفى بعض روايات هذا الكتاب: يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وهذا هو الصحيح؛ لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه معنى لو أقر به لزمه على الوجه الذى مرّ، فإذا أنكر، يستحلف.

وكذلك لو أمر رجل غيره ببيع عبد له، فباع وأقر الوكيل أن الموكل قبض وصدقه المشترى، وأنكر الموكل، فالمشترى يبرأ عن الثمن؛ لأن الوكيل يملك قبض جميع الثمن، وقد أقر بقبضه مضافًا إلى من يجوز قبضه فى جميع الثمن، فصح إقراره فى الكل على ما مر، وللموكل أن يستحلف الوكيل؛ لأن الوكيل كان أمينًا فى الثمن، وقد أقر بقبض صاحب الأمانة ذلك، فيكون عليه اليمين؛ فإن حلف لا شىء عليه، وإن نكل لزمه؛ لأنه استهلكه بإقراره -والله أعلم-.

نوع آخر

فى إبراء الوكيل المشترى عن الثمن، وفى هبة الثمن منه وفى وقوع المقاصة بين الثمن وبين دين الوكيل أو الموكل، وفى إقالة البيع مع المشترى:

١٦١٥٥- قال محمد: الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن عن المشترى، أو أبرأه منه، أو قبل الحوالة أو اقتضى[1] الزيوف وتجوز به، جاز، وضمن الثمن للآمر، وهو قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: لا تجوز هذه التصرفات من الوكيل، وأجمعوا على أن الثمن إذا كان عينًا، فوهبه الوكيل من المشترى أنه لا يصح، وكذلك لو كان الثمن دينًا، فقبضه الوكيل، ثم وهبه من المشترى لا يصح بالإجماع.

(١) وفى م: "اقضى".

١٦١٥٦- وإذا أقال الوكيل البيع مع المشترى، صحت الإقالة، وسقط الثمن عن المشترى عند أبى حنيفة ومحمد؛ لأن عندهما الوكيل يملك إسقاط الثمن عن المشترى بالإبراء، فيملك بالإقالة، ولكن إنما ينفذ الإقالة فى حق الوكيل والمشترى، لا فى حق الموكل، حتى لا تعود العين إلى ملك الموكل، وعلى قول أبى يوسف: لا يسقط الثمن عن المشترى بالإقالة؛ لأن على قوله: الوكيل لا يملك إسقاط الثمن عن المشترى بالإبراء، فكذا لا يملك الإسقاط بالإقالة، غير أن الإقالة عنده بيع، فيصير الوكيل مشتريًا المبيع من المشترى لنفسه، فيبقى الثمن للموكل فى ذمة المشترى، ويجب للمشترى فى ذمة الوكيل مثله.

١٦١٥٧- وإذا دفع الرجل إلى رجل جارية، وأمره أن يبيعها، فباعها المأمور من رجل له على الآمر دين ألف درهم، وسلم الجارية إليه، فالبيع جائز، ويصير الثمن قصاصًا عندهم جميعًا، وكان ينبغى أن لا يجوز البيع؛ لأنه خالف أمر الآمر؛ لأنه أمره ببيع يصل الثمن إليه، وهذا البيع لا يصل الثمن إليه، قلنا: إن لم يصل الثمن إليه بعد البيع، وصل إليه قبل البيع، ويصير الثمن قصاصًا بدين الآمر عندهم جميعًا؛ لأن الآمر يملك إبراء المشترى عن الثمن بغير عوض عندهم، فيملك الإبراء بعوض بطريق المقاصة من طريق الأولى.

وإن كان الوكيل باعه من رجل له على الوكيل دين ألف درهم، فإن الثمن يصير قصاصًا بدين الوكيل عند أبى حنيفة ومحمد، خلافًا لأبى يوسف؛ لأن عندهما الوكيل بالبيع يملك إبراء المشترى عن الثمن بغير عوض، فيملك الإبراء بعوض بطريق المقاصة. وعند أبى يوسف: لا يملك الإبراء عن الثمن بغير عوض، كأنه أجنبى، فكذا لا يملك الإبراء بعوض.

وإن كان الوكيل باعه من رجل له على المأمور، وعلى الآمر دين، صار الثمن قصاصًا بدين الآمر، ولا يصير قصاصًا بدين المأمور حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشىء من الثمن، وهذا لأن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض.

ولو أبرأ المشترى عن الثمن بغير عوض، وخرج الكلامان جميعًا معًا، فإن المشترى يبرأ ببراءة الآمر، ولا يبرأ ببراء المأمور، حتى لا يرجع على المأمور بشىء،

فكذا ههنا .

والفقه فى ذلك أن القول بصيرورة الثمن قصاصًا بالدينين كملا متعذر ؛ لأن ألف درهم لا يتصور أن تصير قصاصًا بألفى درهم ، والقول بصيرورة نصف الثمن قصاصًا بدين الآمر ، ونصفه قصاصًا بدين المأمور متعذر ؛ لما فيه من الجمع بين الحقيقة والمجاز ؛ لأن الثمن ملك المأمور حكمًا ، لا حقيقة ، وملك الآمر حقيقةً وحكمًا ، ولهذا جاز إبراء الموكل المشترى عن الثمن قبل القبض وبعده ، وإبراء الوكيل إن كان يصح قبل القبض لا يصح بعد القبض ، وتجب الزكاة على الآمر دون المأمور ، والحكمى من الحقيقى والحكمى بمنزلة المجاز من الحقيقة ؛ لأن المجاز بعض الحقيقة ، والجمع بين الحقيقة والمجاز متعذر ، فلابد من ترجيح أحد الدينين على الآمر ، والترجيح لدين الموكل ؛ لأنه مملوك له حقيقة . كتبت هذه الجملة من "شرح مأذون الكبير" لشيخ الإسلام قبيل باب البيع الفاسد من العبد المأذون ، وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف : أنه لا تقع المقاصة بين دين الموكل وبين الثمن ، إذ ليس للموكل ولاية مطالبة المشترى بالثمن ، فيتأمل عند الفتوى .

١٦١٥٨- وفى "المنتقى" : رجل باع دارَ رجل ، وأجاز المالك البيع ، أو كان البائع وكيلا فى البيع ، فقال المشترى : اشتريتها بألفين ، وقال الوكيل : بعت بألف ، فالمشترى يغرم ألفًا ، والوكيل يغرم ألفًا فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : على المشترى ألفان ؛ لأنه لايجيز حطّ الوكيل ، ولو أقر الوكيل قبل المشترى ، فقال : بعتك بألف ، وقال المشترى : اشتريت بألفين ، فعلى المشترى ألفان فى قول أبى حنيفة .

نوع آخر
فى الخيارفى الوكالة:

١٦١٥٩- قال محمد فى "الزيادات" : فى رجل أمر رجلا أن يبيع عبده ، وأمره أن يشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام ، فباعه ولم يشترط الخيار ، لم يجز البيع ؛ لأنه خالف أمر آمره إلى شر ؛ لأنه أمره ببيع لا يلزمه ، ولا يزيل[1] ملكه إلا برضاه ، وقد أتى ببيع

(١) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظ وف : "دلائل" .

يلزمه، ويزيل ملكه بغير رضاه.

فرق أبو حنيفة وأبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا جائزًا، فإنه ينفذ على الآمر.

والفرق مرّ فى كتاب البيوع من هذا الكتاب، فإن باعه وشرط الخيار للآمر، كما أمره نفذ تصرفه عليه؛ لأنه وافق أمره، ويثبت الخيار له ولآمره، قال: ولو كان الآمر أمره بالبيع مطلقًا، فباع وشرط الخيار للآمر، وللأجنبى صح عملا بإطلاق اللفظ، فإن مطلق اسم البيع كما يتناول البات يتناول البيع بشرط الخيار، وقد ذكرنا مسائل الخيار مع فروعاتها فى طرف الوكيل بالبيع، وفى طرف الوكيل بالشراء فى كتاب البيوع من هذا الكتاب.

وفى "نوادر هشام": سألت محمدًا عن رجل وكل وكيلا ببيع جارية، وقيمتها ألف درهم، فباعها بألف درهم، والوكيل بالخيار ثلاثًا، فزادت قيمتها، فصارت ألفى درهم، فليس له أن يمضى البيع، وقال أبو حنيفة: له ذلك؛ لأنه يجيز بيع الوكيل بما لا يتغابن الناس فيه.

وكذلك إذا كانت الجارية حاملا، فولدت بعد البيع ولدا يساوى ألف درهم، وكذلك إذا أثمر النخيل، فالحاصل أن على قول محمد: لا يجوز للوكيل إمضاء العقد إلا إذا كانت قيمتها وقت الإمضاء ووقت البيع قريبًا من الثمن مما يتغابن الناس. وإن سكت الوكيل فى هذه الصورة حتى مضت مدة الخيار، فالبيع باطل فى قول أبى حنيفة، وفى قياس قول أبى يوسف البيع جائز.

١٦١٦٠- ولو وكله بأن يشترى له غلامًا، فاشترى له غلامًا يساوى ألفًا بألف والوكيل بالخيار، فتراجعت قيمة الغلام إلى خمسمائة فى مدة الخيار، فاختار الوكيل الغلام، لم يلزم الآمر الوكيل بشراء عبد بغير عينه، إذا اشترى عبدًا به عيب قد علمه الموكل، ولم يعلم به الوكيل، فللوكيل أن يرده بالعيب. ولو كان وكله بشراء عبد بعينه، وبه عيب قد علم به الوكيل، ولم يعلم به الوكيل، فليس للوكيل أن يرده بالعيب.

١٦١٦١- الوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا اشترى عبدًا قد رآه الموكل، ولم يره الوكيل، فللوكيل خيار الرؤية. ولو كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه، فاشترى عبدًا قد

رآه الوكيل، فليس للوكيل خيار رؤية، ولا للموكل. هذه الجملة من مضاربة شيخ الإسلام.

اشتراط الخيار فى الوكالة باطل حتى إن من قال لآخر: أنت وكيلى فى طلاق امرأتى على أنى بالخيار ثلاثة أيام، أو على أنها بالخيار ثلاثة أيام، فالوكالة جائزة، والشرط باطل؛ لأن شرط الخيار فى الوكالة لا يفيد؛ لأن الخيار مشروط لإمكان الفسخ، وإمكان الفسخ ثابت للموكل من غير خيار، فلا معنى لاشتراطه -والله أعلم- .

نوع آخر

فى الوكيل بالبيع إذا باع بعض ما وكل ببيعه أو جميعه متفرقًا:

١٦١٦٢- قال محمد: إذا وكل الرجل رجلا بعدل زطى أو جراب هروى يبيعه له، فهذه المسألة لا تخلوا من ثلاثة أوجه: إما أن يبيع ثوبًا ثوبًا حتى أتى على جميع العدل، أو يبيع العدل جملة، أو باع ثوبًا لا غير، فإن باع العدل جملة صفقة واحدة، إن باع بمثل قيمته، أو بأقل بحيث يتغابن الناس فى مثله، فالمسألة على الاختلاف، وأما إذا باع ثوبًا يجوز فى قولهم جميعًا، وإن باع بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، فالمسألة على الاختلاف.

وأما إذا باع ثوبًا ثوبًا حتى أتى على جميع العدل إن كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة يبلغ ثمن جميع العدل لو باع العدل جملة، أو أقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث يتغابن الناس فى مثله، فإنه يجوز عندهم جميعًا، كما لو باع العدل جملة بأقل من قيمته بما يتغابن الناس فى مثله. فأما إذا كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة أقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، لا شك أنه يجوز على قول أبى حنيفة، كما لو باع ٠ العدل بأقل من قيمة بحيث لا يتغابن الناس فى مثله.

وأما على قولهما: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: بأنه لا يجوز لأنه لما باع ثوبًا ثوبًا، ولم يبع جملة، فقد فرق الصفقة على الموكل، وفيه ضرر؛ لأن العرف بين التجار أنهم يضمّون الجيد إلى الردىء حتى يبيعون الكل بثمن الجيد، والوكيل بالبيع متى ألحق بالموكل ضررًا لا يتغابن الناس فى مثله لا يجوز على قولهما، كما لو باع الكل

بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، ومنهم من يقول: يجوز على قولهما، وذلك لأن هذا الضرر الذى لحق الموكل دخل تحت الأمر؛ لأنه أمره ببيع العدل مطلقًا، فيتناول بيعه جملة وعلى التفاريق، وليس ههنا عرف يعيّن أحد الوجهين حتى يتقيد الأمر بأحدهما بالعرف؛ لأنه فى العرف كما يباع العدل جملة يباع ثوبًا ثوبًا على الانفراد، وإذا لم يتعين أَحَدُ الوجهين فى العرف، وقد حصل الوجهان تحت الامر صار كأنه قال للوكيل: إن شئت فبعه جملة، وإن شئت فبعه ثوبًا ثوبًا، ولو صرّح بهذا إذا باع ثوبًا ثوبًا كل ثوب بقيمته، أو بأقل بحيث يتغابن الناس فى مثله، فإنه يجوز وإن كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة أقل من الكل بحيث لا يتغابن الناس فى مثله لو باع جملة.

وأما إذا باع ثوبًا واحدًا، ولم يبع الباقى، ذكر أن على قول أبى حنيفة: يجوز، سواء أضر بالباقى ضررًا لا يتغابن الناس فى مثله، أو يتغابن الناس فى مثله، وعلى قولهما: إن كان لا يضر بالباقى، أو أضر بالباقى ضررًا يتغابن الناس فى مثله، بأن كان لا يدخل تحت تقويم المقومين يجوز، وإن كان لا يتغابن الناس فى مثل ذلك لا يجوز.

وهذا الذى ذكرنا فى الثياب، فأما إذا أمره ببيع مكيل أو موزون فى وعاء واحد، فباع البعض ولم يبع الباقى، فإنه يجوز عندهم جميعًا؛ لأن المكيل والموزون متى كان فى وعاء واحد فبيع البعض لا يوجب نقصانًا بالباقى؛ لأنه لا يصير بائعًا للجيد دون الردىء حتى يتحقق الضرر، بخلاف الثياب -والله أعلم-.

١٦١٦٣- قال محمد فى "الجامع الصغير" عن أبى حنيفة فى رجل أمر رجلا أن يبيع عبده، فباع نصفه أو عشره جاز، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إلا أن يبيع الباقى قبل أن يختصما.

وفى "المنتقى": قال أبو حنيفة: الوكيل إذا باع نصفه، فبيعه موقوف على بيع النصف الآخر إن باع جاز، وإلا لم يجز.

١٦١٦٤- وفيه أيضًا: الوكيل ببيع جاريتين بألف إذا باع إحداهما بخمسمائة، أو أقل أو أكثر لم يجز، إلا أن يبيع الأخرى بتمام الألف، أو أكثر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال زفر: إن باع إحداهما بحصتها يجوز.

١٦١٦٥- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمدًا وقلت: إن أمرت رجلا أن

يبيع عبدًا لى بألف درهم، فباع لى نصف العبد بألف درهم إلا درهمًا، قال: لا يجوز. وفى "المنتقى" عن محمد: رجل وكل رجلا أن يبيع له عبدًا بعينه بألف درهم، فباع نصفه بألف درهم، ثم باع النصف الآخر بمائة دينار، قال: جاز بيع النصف الأول، ولا يجوز بيع النصف الثانى، ولو باع العبد كله بألف درهم وبمائة دينار جاز.

نوع آخر
فى الوكيل بالبيع يزيد فى المبيع:

١٦١٦٦- بشر فى "نوادره" عن أبى يوسف: رجل أمر رجلا أن يبيع عبدًا له بألف درهم، فباعه بألف درهم كما أمره، وقبض الثمن، ثم زاد فى المبيع ثوبًا، فالزيادة جائزة، ولا حصة للثوب من الثمن، فإن وجد المشترى بالثوب عيبًا، فرده كان على البائع حصته من الثمن فى ماله، وإن لم يجد بالثوب عيبًا، ولكن وجد بالعبد عيبًا، فرده رده بحصته من الثمن، ويرجع الوكيل على الآمر بالألف كلها، ويكون له حصة ثوبه من الثمن، وإن باعه من غير أمره، وزاده ثوبًا، وبلغ المولى البيع والزيادة، فأجاز ذلك، فإن الثمن بينهما على قيمة العبد والثوب، فإن لم يعلم، فالألف كلها لرب العبد -والله أعلم-.

نوع آخر
فى الوكيل بالبيع يرد عليه بالعيب:

أكثر مسائل هذا النوع قد مر فى كتاب البيوع من هذا الكتاب.

١٦١٦٧- قال محمد: رجل وكل رجلا أن يبيع عبدًا له، فباعه فوجد به المشترى عيبًا قبل القبض، فرده على الوكيل، فقبل الوكيل، فإنه يلزم الموكل بخلاف ما لو وجد به عيبًا بعد القبض فرده على الوكيل وقبله الوكيل حيث يلزم الوكيل.

والفرق: أنه لا عبرة لقبول الوكيل متى كان الرد بالعيب قبل القبض؛ لأن الرادّ يتفرد بالرد قبل القبض قبله البائع أو لم يقبله، فصار فى معنى المجبر عليه، ولو كان

مجبرًا عليه صورة، فإنه يلزم موكله؛ لأنه هو الذى أدخله فى العهدة، فكان عليه تخليصه عما لزمه من غير اختياره، وأما إذا كان الرد بعد القبض بالعيب، فلقبول الوكيل عبرة؛ لأن الرادّ لا ينفرد بالرد، ولا ينفسخ العقد بدون قبول الوكيل، وهو مختار فى القبول، فكان مختارًا فى الفسخ. والفسخ متى حصل، والوكيل مختار فيه يلزم الوكيل، ولا يلزم الموكل؛ لأن الموكل وكله بالبيع أما ما وكله بالفسخ، وكان بمنزلة ما لو أقال العقد مع المشترى، فإنه يلزمه؛ لأنه مختار فى الإقالة، فلزمه دون الموكل، كذا ههنا.

وصار الرد بالعيب قبل القبض نظير الرد بخيار الرؤية قبل القبض وبعده، فإن الوكيل بالبيع إذا باع ما وكل بيعه من رجل لم يره، ثم رآه قبل القبض أو بعده، ورد بخيار الرؤية، وقبله الوكيل فإنه يلزم الموكل؛ لأنه لا عبرة لقبول الوكيل؛ لأن المشترى ينفرد بالرد بخيار الرؤية، كذا ههنا.

الوكيل بالبيع إذا مات، ووجد المشترى بالمبيع عيبًا رده على وارث الوكيل أو وصيه، ولو لم يكن له وارث ولا وصى، رده على الموكل فى رواية، وفى رواية ينصب القاضى عنه وصيًّا حتى يرده عليه.

١٦١٦٨- قال محمد فى "الجامع": رجل أمر رجلا بأن يبيع عبدًا له، ودفعه إليه، فقال: بعت من فلان بألف درهم، وقبضت الثمن، فهلك عندى، أو قال: دفعته إلى الآمر، وكذبه الآمر فى البيع، أو أقر بالبيع لكن أنكر قبض الثمن، فالقول قول الوكيل فى براءته وبراءة المشترى؛ لأنه أمين مسلط على بيع العبد من جهة الموكل، وقبض الثمن من المشترى، فقبل قوله فيما هو مسلط عليه، وصار الثابت بقوله كالثابت بالبينة، ولو ثبت ما أقر به بالبينة لم يضمن الوكيل، ويبرأ المشترى، كذا ههنا، فإن وجد المشترى بالعبد عيبًا، فرده على الوكيل بقضاء، فالوكيل يضمن للمشترى[1] الثمن من ماله؛ لأن الوكيل مع المشترى تصادقا على كون الوكيل بائعًا، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد أصيلا كان أو وكيلا، ثم لا يرجع الوكيل بذلك على الآمر؛ لأن الوكيل غير مسلط على إلزام الموكل مالا آخر، فلا يقبل قوله فى ذلك، ولكن القاضى يبيع العبد بما

(١) هكذا فى ظ، ف وكان فى الأصل وم: "المشترى".

غرم الوكيل ؛ لأن إقراره بقبض الثمن إن لم يصح فى حق الرجوع على الموكل بمال آخر سوى العبد وثمنه ؛ لأنه غير مسلط على ذلك ، فهو صحيح فيما يرجع إلى العبد ، وتعلق الثمن به لكونه مسلطًا عليه ، فيثبت بإقراره قبض الثمن فيما يرجع إلى العبد ، ويتعلق به الثمن ، فصار فى حق العبد كأنه قامت البينة على قبض الثمن وهلاكه عنده ، ولو كان هكذا ، كان للوكيل حق حبس العبد من الآمر حتى يستوفى منه الثمن ، وعند تعذر استيفاء الثمن من الموكل بأن غاب الموكل غيبة منقطعة ، كان للقاضى أن يبيع العبد ، ويوفى من ثمن العبد ما غرم الوكيل للمشترى عند طلب الوكيل ، فكذا ههنا .

ثم قال فى بعض روايات هذا الكتاب : القاضى يبيع العبد ، ويوفى البائع ما غرم المشترى ، وذكر فى بعضها : ويوفى المشترى من ذلك الثمن الذى أداه للبائع . فموضوع ما ذكر أنه يوفى البائع ما غرم للمشترى أن البائع وهو الوكيل غرم الثمن للمشترى من ماله ، وموضوع ما ذكر أنه يوفى المشترى من ذلك الثمن الذى أداه إلى البائع أن البائع لم يكن أدى الثمن من ماله ، فيوفى من ثمن العبد ثمن المشترى الذى أداه إلى البائع ، وإذا استوفى ثمنه ، فإن نقص الثمن الثانى عن الثمن الأول ، كان النقصان على المشترى لا يرجع بذلك على أحد . هكذا ذكره فى بعض الروايات ، وذكر فى بعض الروايات : أن ذلك على البائع ، يرجع المشترى بذلك على البائع ، ولا يرجع البائع على أحد بذلك ، وهو الصحيح ، أما النقصان على البائع فلأنه أقر بقبض كل الثمن من المشترى ، وأما لا يرجع البائع على الآمر بالنقصان لأنه لم يصدق فى إقراره فى حق الرجوع على الآمر بمال آخر ، وإن كان الثمن الثانى أزيد من الأول ، كانت الزيادة للموكل ؛ لأنه بدل ملكه ، وقد خلا عما يشغله .

١٦١٦٩- قال محمد فى "الجامع" أيضًا : رجل باع عبده من رجل وسلّمه إليه ، ووكّل رجلا بقبض الثمن ، فقال الوكيل : قد قبضته ، ودفعته إليك ، أو قال : ضاع عندى ، وجحد الموكل ذلك ، كان القول قول الوكيل مع يمينه على ذلك ؛ لأنه أخبر عن إمضاء ما هو مسلط عليه ، فصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة ، وعند ذلك يبرأ المشترى عن الثمن ، كذا ههنا ، فلو وجد المشترى بالعبد عيبًا ، فأراد أن يرده ، لم يكن له أن يرجع بالثمن لا على البائع ، ولا على الوكيل ، أما على البائع : فلأنه منكر وصول الثمن إليه ، والوكيل بالقبض غير مصدق عليه ، فصار فى حق إيجاب الضمان على الموكل ،

وأما على الوكيل فلأنه صدق فى قبض الثمن وهلاكه عنده فى حق براءة نفسه، فصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة أنه قبض الثمن، وهلك عنده ورد المشترى العبد على البائع، ثم أراد أن يرجع على الوكيل بالثمن، ليس له ذلك؛ لأنه ليس بعاقد، كذا ههنا.

فإن رده على البائع باعه القاضى وأوفى المشترى الثمن؛ لأن الثابت بإقرار الوكيل كالثابت بالبينة فيما يرجع إلى العبد وما يتعلق به؛ لأن الوكيل بقبض الثمن كان مسلطًا من جهة الموكل فى حق العبد، ولما كان مسلطًا فى حق الثمن؛ لأن العبد بدل عن الثمن، فكان التسليط على الثمن تسليطًا على العبد الذى هو بدله، ألا ترى أن الآمر لو لم يكن دفع العبد إلى المشترى، ووكل هذا بقبض الثمن، كانت سلامة العبد للمشترى معلقة بقبض الوكيل الثمن من المشترى، فإذا صار التسليط على الثمن تسليطًا على العبد صار الثابت بإقراره فيما يرجع إلى العبد كالثابت بالبينة، ولو ثبت ما أقر به الوكيل بالبينة، ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا، فرده على البائع، كان للمشترى أن يحبس العبد إلى أن يستوفى ثمنه من البائع، وعند تعذر استيفاء الثمن من البائع بسبب العيب إذا طلب المشترى من القاضى أن يبيع العبد، ويوفى من ذلك ثمنه الذى أداه إلى البائع، أجابه القاضى إلى ذلك، فكذا ههنا متى تعذر استيفاء الثمن من جهة الآمر، لما بينا كان للقاضى أن يبيع العبد ويوفى من ذلك الثمن الذى أداه المشترى إلى الوكيل بقبض الثمن.

قال مشايخنا: العبد يباع فى هذا الفصل برضى البائع فى قول أبى حنيفة؛ لأن المالك حاضر فى هذا الفصل، فإن العبد يرد عليه بالعيب، وفى الفصل الأول هو غائب، وللقاضى ولاية بيع مال الغائب إذا كانت عروضًا بطريق النظر، فإن فصل شىء من الثمن الثانى على الثمن الأول، كان للبائع؛ لأنه بدل ملكه، وقد خلا عن حق غيره، وإن نقص لم يكن على البائع، ولا على الوكيل بقبض الثمن سبيل، أما على البائع: فلأن قول الوكيل غير مقبول فى حق الرجوع بمال آخر على البائع، وأما على الوكيل: فلأنه كان وكيلا بقبض الثمن، ولم يكن عاقدًا، وليس للمشترى عند الرد بالعيب أن يرجع على الوكيل بقبض شىء من الثمن الذى أداه إلى الوكيل، بخلاف الوكيل بالبيع حيث يرجع عليه، فالمشترى عند الرد بالعيب بالثمن؛ لأنه عاقد فكان

مؤاخذًا بحقوق العقد، أما ههنا بخلافه.

١٦١٧٠- قال محمد فى "الجامع" أيضًا: رجل دفع إلى رجل جارية، وأمره ببيعها، فقال المأمور للآمر بعد ذلك: قد بعتها من فلان بألف درهم، وقبضت الثمن، ودفعت إليك، أو قال: ضاع منى وصدقه المشترى، وكذبه الموكل، وقال: ما قبضت الثمن أصلا، فالقول قول الوكيل، والجارية للمشترى؛ لأن الوكيل أمين أخبر عن إمضاء ما سلط عليه، فيكون القول قوله، ثم قال محمد فى بعض روايات هذا الكتاب: ولا يمين عليه، وفى بعض النسخ: ولا ثمن عليه، فإن كان الهاء فى قوله عليه كناية عن المشترى، فاللفظان صحيح[1]؛ لأن الوكيل فى حق الحقوق بمنزلة العاقد لنفسه، فصح إقراره بالقبض فى حق براءة المشترى، فإذا برئ لايكون بعد ذلك عليه لا اليمين ولا الثمن، وإن كان الهاء فى قوله عليه كناية عن الوكيل، فقوله: لا ثمن عليه صحيح أيضًا، وأنه ظاهر؛ لأنه أمين أخبر عن هلاك الأمانة، أو عن تسليمها إلى صاحب الأمانة، وفى الفصلين القول قوله، وقوله: لا يمين عليه معناه أنه لا يمين على الوكيل فيما يرجع إلى نفس البيع؛ لأنه لو أقر الوكيل أنه لم يبع الجارية من فلان بعد ما أقر أنه باع منه، لا يصدق على إبطال حق المشترى، فلا يحلف على ذلك؛ لأن فائدة التحليف النكول الذى هو إقرار، إما على الوكيل يمين فى حق هلاك الثمن فى يده، أو تسليمها إلى الموكل؛ لأنه أمين، والأمين متى ادعى هلاك الأمانة، أو تسليمها إلى ربها كان القول قوله مع اليمين، فإن وجد المشترى بالجارية عيبًا، فردها على الوكيل رجع على الوكيل بالثمن، ثم لايرجع الوكيل على الآمر بشىء، لأن الأمين إنما يصدق فيما كان مسلطًا عليه لا فيما لم يكن مسلطًا عليه، والوكيل مسلط من جهة الموكل فى بيع الجارية وتسليمها، وقبض ثمنها من المشترى، فيكون مصدقًا فى إقراره بذلك، أما ليس بمسلط فى إيجاب شىء فى ذمة الموكل، فلو صدقناه فى حق الرجوع على الآمر، صار مصدقًا فيما لم يكن مسلطًا عليه من جهة الآمر، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه، وإذا لم يصدق فى حق الرجوع على الآمر، صار فى حق الرجوع كأن الوكيل لم يقبض الثمن أصلا، فلهذا لا يكون له أن يرجع على الآمر بالثمن، ولكن القاضى يبيع الجارية، فيوفى المأمور ما أدى إلى المشترى من ثمنها؛ لأن الوكيل قد غرم الثمن فى عمل باشره

(١) هكذا فى جميع النسخ والصحيح: "صحيحان".

للموكل، وتعذر إثبات الرجوع [له][1] في ذمة الآمر، فتعين رجوعه في المال المدفوع إليه وهي الجارية؛ لأنه مقبول القول فيما يرجع إلى الجارية، فيستوفي ما غرم من ماليتها، وذلك لا يكون إلا بعد بيعها.

ونظير هذا المشترى إذا غاب أو مات مفلسا قبل القبض، فإن المبيع يباع في يدى البائع ليستوفي ثمنه، فههنا كذلك، فإذا باع القاضي الجارية، وادعى إلى الوكيل ما دفع إلى المشترى، ففضل منه شيء، فالقاضي يدفعه إلى الموكل؛ لأن الوكيل مع الموكل تصادقا أن الفضل ملك الموكل؛ لأن في زعم الموكل أنها ما بيعت قبل ذلك، وإنما بيعت الآن، وجميع الثمن الثاني لي، وفي زعم الوكيل أن الجارية ملك الموكل إلا أنها محبوسة عندى بما أديت من الثمن إلى المشترى، والزيادة لا حق لي فيها، لوصول كمال حقي إليّ، وهو بدل ملك الآمر، فقد تصادقا على أن الفضل ملك الموكل، فيكون له، وإن نقص من الثمن شيء لم يرجع بالزيادة على الموكل، لما قلنا أنه ليس بأمين في إلزام شيء في ذمة الموكل.

هذا الذي ذكرنا إذا أنكر الموكل البيع، وقبض الثمن، فأما إذا أقر أن الوكيل باع وقبض الثمن، إلا أنه أنكر أن يكون دفعه إليه، أو هلك عنده، ثم وجد المشترى بالجارية عيبًا، وردها على الوكيل، وأخذ من الوكيل الثمن، كان للوكيل أن يرجع به على الآمر، وتكون الجارية للآمر؛ لأن الوكيل أمينه، ويد الوكيل فيما يقبض من الثمن كيد الموكل، ولهذا لو كان هلك الثمن في يد الوكيل، كان بمنزلة الهلاك في يد الموكل، ولما كان يد الوكيل كيد الموكل، صار إقرار الموكل بقبض الوكيل الثمن بمنزلة إقراره بقبضه بنفسه، ولو أقر الموكل أنه قبض الثمن من الوكيل حقيقة، ثم ادعى سبب الضمان على الوكيل، بأن ادعى أنه غصبه منه، وأنكر الوكيل، لا يصدق على الوكيل، وكان للوكيل أن يرجع على الموكل بما أدى إلى المشترى من الثمن، فكذا إذا أقر من حيث الحكم، ثم ادعى سبب الضمان وهو منع الوكيل الثمن منه.

هذا الذي ذكرنا كله إذا كانت الجارية مدفوعة إلى الوكيل، ولو لم يكن الموكل دفع الجارية إلى الوكيل، وباقي المسألة بحالها من إقرار الوكيل أنه باعها وقبض ثمنها، وضاع

---

(١) هكذا في ف.

عنده، وصدّقه المشترى، وكذبه الموكل، لم يجز هذا على الآمر، ويقال للمشترى : إن شئت، فادفع ألفًا آخر، واقبض الجارية، وإن شئت فانقض البيع ؛ لأن الوكيل غير مسلط على تسليم الجارية، فلم يصر مسلطًا على ثمنها ؛ لأنه إنما يملك قبض الثمن إذا ملك تسليمها قبل تسليم الجارية إلى الوكيل، لا يملك تسليمها، فلا يملك قبض الثمن، فلم يكن مسلطًا على المثمن، فلا يقبل قوله، بخلاف الوجه الأول، ولأنه حين لم يدفعها إلى الوكيل لم يجعله أمينًا فيها، بل بقى لنفسه حق الحبس إلى أن يصل إليه ثمنها ظاهراً، فلا يقبل قول الوكيل على إبطال[1] حقه عن حبسها بخلاف الوجه الأول، وإنما وجب تخير المشترى لأن الوكيل لما لم يصدق لم تقع البراءة للمشترى، وفى زعم المشترى أنه دفع الثمن مرة، وأن هذا غرم مضاعف، فكان له الخيار، فإن اختار أخذ الجارية، وأدى ألف درهم، وأخذ الجارية من الآمر، فالمشترى يرجع على الوكيل بألف درهم؛ لأن الوكيل قد أقر بقبضها منه، ولزمه أن يسلم الجارية بغير غرم آخر، ويرد عليه ما أقر بأخذه منه، فإذا عجز عن تسليم الجارية تعين رد ما أقر بأخذه وهو الألف.

١٦١٧١- وفى "المنتقى" : الوكيل بالبيع إذا باع العبد بألف درهم كما أمره الموكل وتقابضا، وهلك الثمن عنده، أو دفع إلى الآمر، ثم ادعى المشترى بالعبد عيبًا يحدث مثله، وأنكره البائع وهو الوكيل، وأقر الآمر به، لم ينقض البيع بإقرار الآمر، ولم يلزم الآمر، ولا البائع شيء؛ لأنهم جميعًا أقروا أن البيع قد تمّ فيما بين البائع والمشترى، وأنه لا ينقض إلا بقضاء أو ينقض البائع برضى المشترى، وكذلك لو حدث عند المشترى به عيب آخر، وأراد المشترى أن يرجع بنقصان العيب، فإن ادعى المشترى الشراء على الوكيل، وأنكر الوكيل ذلك، وأقر به الآمر، فجعل القاضى العهدة على الآمر وتقابضا، ثم عاد الوكيل إلى تصديقهما، تحولت العهدة من الموكل إلى الوكيل، وبرئ الموكل منها، فإذا[2] ادعى المشترى بعد ذلك قد دلّسه البائع، وجحد البائع أن يكون دلسه له شيئًا، وحلف على ذلك، وصدق الآمر المشترى بما ادعى من العيب، فلا خصومة بين المشترى وبين الآمر.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى بقية النسخ : "فى إبطال".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى بقية النسخ : "فإن ادعى".

الفصل الثانى عشر
فى التوكيل ببيع العبد من نفسه وفى توكيل العبد الأجنبى بشراء نفس العبد للعبد

١٦١٧٢- والأصل فيه أن يعتبر بيع العبد من نفسه بإعتاقه على كل حال، ولا يقع الشراء للعبد إلا بالتنصيص عليه؛ لأن بيع العبد من نفسه لما كان إعتاقًا، فالعبد لما وكله بشراء نفسه له من مولاه، فقد وكله بقبول الإعتاق، وقول البائع لغير العبد: بعتك هذا العبد هذا تمليك بحكم الظاهر، وقبول المخاطب جواب لما أوجبه المالك، فكان تمليكًا من حيث الظاهر، فلا يصلح لأداء ما أمره الآمر وهو العبد إلا أن يصرّح بالإضافة إلى العبد.

ويدخل فى هذا الفصل توكيل الرجل غيره ليشترى نفسه من مولاه لهذا الرجل.

١٦١٧٣- والأصل فيه: أن لا يقع الشراء للآمر إلا بالتنصيص عليه؛ لأن قول المولى لعبده: بعت نفسك منك هذا إعتاق، وقول العبد: اشتريت قبول لذلك[1] الإعتاق، والأمر أمره بالتمليك، ولا يصلح قبول الإعتاق لأداء ما أمره الآمر إلا أن يصرْح العبد بالإضافة إلى الآمر.

١٦١٧٤- قال محمد فى "الجامع": رجل وكل رجلا أن يبيع عبده من نفسه، يعنى من نفس العبد بألف درهم، فباعه من نفسه بألف درهم إلى العطاء، أو إلى الحصاد، أو الدياس، فقبل العبد، جاز، وعتق العبد، والألف على العبد إلى ذلك الأجل، والمولى هو الذى يلى قبض ذلك من العبد، وهذا لأن بيع العبد من العبد وإن كان بيعًا لفظًا، فهو إعتاق معنى؛ لأنه لايمكن أن يجعل بيعًا حقيقة؛ لأن البيع يوجب الملك للمشترى، والمشترى وهو العبد لا يملك نفسه؛ لأنه مملوك لمولاه حالة البيع، والشخص الواحد لا يجوز أن يكون مالكًا نفسه، ويكون مملوكًا لغيره فى حالة واحدة،

---
(١) وفى الأصل: ذلك.

فجعلناه مجازًا عن الإعتاق، وأمكن أن يجعل كذلك؛ لأن البيع يزيل الملك إلى أحد، والإعتاق يزيل الملك لا إلى أحد، فكان في الإعتاق بعض ما في البيع، وإطلاق اسم الكل على البعض بطريق المجاز جائز، فصار كما لو وكله المولى أن يعتق عبده على ألف، فأعتقه على ألف إلى الحصاد والدياس، وذلك جائز، ويعتق العبد، ويكون المال عليه إلى ذلك الوقت، كذا ههنا.

والجواب في الخلع والصلح عن دم العمد في هذا نظير الجواب في الإعتاق، فقد حكم بصحة هذه التصرفات إلى هذه الآجال. والفرق: وهو أن الجهالة وإن تمكنت في قدر الأجل في هذه التصرفات إلا أن هذه جهالة مستدركة، فإنها تزول عند وجوده، وما كان مستدركًا من الجهالة كان في حد القلة، والجهالة القليلة إنما توجب فساد العقد إذا كانت مفضية إلى المنازعة، أما إذا لم يكن فلا، ففي البيع هذه الجهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن البيع: مبادلة المال بالمال، وكان مبناه على المماكسة والمضايقة، فكانت الجهالة القليلة مفضية إلى المنازعة، فأما هذه العقود: فليس مبناها على مبادلة المال بالمال، فالظاهر أن المماكسة والمضايقة لا تجرى فيها عند قلة الجهالة، فلا يفضى إلى المنازعة، فلا يوجب فساد العقد.

ولو كان العبد هو الذى وكل رجلا، فقال: اشتر لى نفسى من مولائى بألف درهم إلى العطاء، ففعل فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يصرح الوكيل بأنى اشتريته لنفسى أو أطلق الكلام إطلاقًا، أو صرح أنه يشترى نفس العبد للعبد، فأما إذا أضاف إلى نفسه أو أطلق، فالشراء وقع للوكيل، ولا يعتق العبد عليه وعليه قيمته، لا يرجع بها على غيره؛ لأن شراءه لنفسه تملك وشراءه للعبد قبول إعتاق، والعبد إنما وكله بقبول الإعتاق، وقد التزمه الوكيل بقبول الوكالة، فكان هو بالإضافة إلى نفسه مؤديًا غير ما التزم، والوكيل بأداء غير ما التزم يصير مخالفًا، ألا ترى أن المأمور بالشراء بألف إذا اشترى بأكثر من الألف، يصير مخالفًا كذا ههنا.

وكذا إذا أطلقه[1]، صار مخالفًا؛ لأن قول البائع لغير العبد: بعتك هذا العبد تمليك منه بحكم الظاهر، وقول المخاطب جواب لما أوجبه المالك، فكان تمليكًا في

---

(١) وفى ف: "إذا أطلقه إطلاقًا".

الظاهر، فلم يصح أداء ما التزمه المأمور، فصار مخالفًا، وإذا صار مخالفًا صار الشراء واقعًا له، وقد اشترى إلى أجل مجهول، فصار فاسدًا فلزمه القيمة.

وأما إذ صرّح أنه يشتريه للعبد، وباقي المسألة بحالها، فالعبد حر حين وقع البيع، والمشترى ضامن بقيمته يرجع بها على العبد، ولا سبيل للمولى على العبد، فحكم بفساده بشرط الأجل المجهول حتى جعله مضمونًا بالقيمة، وأوجب المال على الوكيل، فهذا إلحاق بالشراء المحض، ولم يجعله معتبرا لقبول العتق، ولم يعتبره بالوكيل من جانب المولى، فإن هناك جهالة الأجل لم يفسده، ولم يكن قبض البدل ثمة إلى الوكيل، وهى المسألة من هذا القسم.

وذكر هذه المسألة فى كتاب الوكالة فى موضعين، فقال فى أحد الموضعين: كما قال: هنا، وقال فى الموضع الثانى: يجب على العبد الألف المسمى لا قيمته، ويكون المطالب من جهة الآمر بالألف هو العبد دون العبد، فقد اعتبر جانب العبد بجانب المولى، قيل: وليس فى المسألة روايتان، فما ذكر هنا وفى أحد الموضعين فى كتاب الحوالة جواب الاستحسان، وما ذكر فى الموضع الثانى جواب القياس، فوجه القياس فى ذلك وهو أنا أجمعنا على أن التوكيل من جانب المولى ببيع نفس العبد من العبد اعتبر توكيلا بالإعتاق على مال حتى جاز، وإن كان إلى أجل مجهول، وكان قبض الألف إلى المولى لا إلى الوكيل، فكذا التوكيل بالشراء من جانب العبد يجب أن يجعل توكيلا بقبول الإعتاق، فصار كأن العبد وكل هذا الرجل، حتى يسأل من المولى أن يعتقه على الألف إلى العطاء، فأعتقه، وهناك يجوز، وكان على العبد المسمى لا قيمته، وكان قبض الألف إلى المولى[1]، كذا ههنا.

توضيحه وهو أن الوكيل قائم مقام الموكل، فيكون حكمه حكم الموكل، والموكل هو العبد لو اشترى نفسه من المولى بألف درهم إلى العطاء، جاز، وكان عليه الألف لا قيمته، وكان قبض الألف إلى المولى، فكذا إذا فعله الوكيل، ألا ترى أن فى جانب المولى اعتبرنا حال الوكيل بحال الموكل، كذا ههنا.

وجه الاستحسان: وهو أن نفس شراء العبد للعبد وبيع نفس العبد من العبد بيع

(١) هكذا فى بقية النسخ، وكان فى الأصل: "الموكل".

وشراء لفظًا، إلا أنه إعتاق معنى، والمحل قابل للبيع والشراء، وقابل للإعتاق، فيجب العمل باللفظ والمعنى بقدر الإمكان، كالهبة بشرط العوض، والعمل بهما جميعًا فى وكيل المولى بالبيع، وفى وكيل العبد بالشراء لا يمكن للتنافى بينهما فى حق الأحكام، فعمل بالمعنى فى حق الوكيل بالبيع من جانب المولى وباللفظ فى الوكيل بالشراء من جانب العبد، فكان العمل على هذا الوجه أولى؛ لأنه لو عملنا باللفظ فى حق الوكيل بالبيع من جانب المولى وجعلناه أصيلا حتى يرجع الحقوق إليه مع أنه استفاد[1] ولاية تنفيذ البيع من المولى، يلزمنا العمل باللفظ فى حق الوكيل بالشراء لترجع الحقوق إليه مع أنه لم يستفد ولاية تنفيذ الشراء من العبد، فإنه لو اشترى هذا العبد من المولى من غير توكيل العبد صح، فحينئذٍ لا يمكن العمل باللفظ والمعنى، فعملنا بالمعنى فى حق الوكيل بالبيع من جانب المولى، وباللفظ فى حق الوكيل بالشراء من جهة العبد، فصار الوكيل بالشراء كالمشترى للعبد لنفسه بألف درهم إلى العطاء، ثم صار كالبائع لنفس العبد منه إلى العطاء فى حق الحقوق والشراء بألف لنفسه إلى العطاء يكون فاسدًا يوجب القيمة، وترجع الحقوق إليه، كذا ههنا.

بخلاف ما إذا اشترى العبد بنفسه؛ لأن ثمة العمل باللفظ متعذر، فوجب العمل بالمعنى، أما إذا كان المشترى غير العبد، فهو من أهل أن يشترى العبد، فأمكن العمل باللفظ بأن يجعل الوكيل فى حق الحقوق مشتريًا لنفسه، ثم يصير بائعًا العبد من نفسه.

ولو كان هذا العبد مدبرًا وباقى المسألة على حالها، فالمدبر حر حين وقع الشراء، سواء اشتراه المأمور مطلقًا، أو أضاف الشراء إلى نفسه، أو إلى المدبر، ولو كان سماه إلى العطاء، فالمال إلى ذلك الأجل، والمال فى هذه الوجوه كلها على المدبر، ولا شيء على الوكيل من ذلك بكل حال؛ لأن ههنا العمل باللفظ متعذر؛ لأن المدبر مما لا يجوز شراءه، ألا ترى أن هذا الوكيل لو اشتراه لنفسه، أو لغيره لا يجوز، وأمكن العمل بالمعنى؛ لأن المدبر يجوز إعتاقه، فعملنا بالمعنى، فصار وكيلا من جهة المدبر بقبول الإعتاق، فاعتبر بجانب المولى، أما ههنا بخلافه.

هذا الذى ذكرنا إذا أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه، بأن أخبر المولى أن العبد

---

(١) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وف: "استيفاء".

وكله بشراء نفسه له، ثم قال: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم إلى العطاء، فأما إذا أضاف الشراء إلى العبد، بأن قال للمولى: إن عبدك يستبيع نفسه منك بألف درهم إلى العطاء، فبعه منه، فباع يجوز، ويعتق العبد، وكان على العبد ألف درهم يقبضه المولى من العبد؛ لأنه لما أضاف الشراء إلى العبد فقد جعل نفسه رسولا عن العبد، والرسول ناقل عبارة المرسل، فصار كأن العبد اشترى نفسه من المولى بألف إلى العطاء، وهناك كان الجواب كما قلنا، كذا ههنا.

١٦١٧٥- قال محمد: في رجل قال لعبد الغير: اشتر لي نفسك من مولاك بألف درهم، فقال العبد: نعم، ثم ذهب إلى مولاه، واشترى نفسه، فإن قال له: بعني نفسي بألف درهم، فباعه، وقبل العبد، فهو حر، وعليه ألف درهم، والولاء للمولى، وكذلك إذا أطلق الكلام إطلاقًا؛ لأنه صار مخالفًا؛ لأن الآمر وكّله بتملك المال، والعبد التزم ذلك، ومطلق شراء العبد نفسه أو مضافًا إلى نفسه لا يصلح لأداء ما التزم، أما المضاف إلى نفسه فلأنه قبول العتق، وإيجاب المولى إيجاب العتق، وهذا ظاهر، وكذلك مطلقة؛ لأن شراء العبد نفسه مطلقًا إعتاق ما لم يرد عليه دليل يغيره، وقد ذكرنا أن المأمور إذا امتنع عن أداء ما التزم يصير مخالفًا، وعند صيرورته مخالفًا يقع العقد للمأمور، وأما إذا أضاف الشراء إلى الآمر بأن قال للمولى: بعني نفسي لفلان بكذا، ففعله، وقبل العبد، ضحّ، والعبد للآمر، والمال في رقبة العبد، يرجع بها على الآمر، أما العبد للآمر، فلأنه امتثل أمر آمره، فيقع الملك له، وأما الثمن في رقبة العبد؛ لأنه العاقد، وحقوق العقد يرجع إلى العاقد.

فإن قيل: العبد كان محجوراً قبل هذا، والعبد المحجور متى اشترى لغيره لا يلزمه الحقوق.

قلنا: المحجور إنما لا يؤاخذ بحقوق العقد إذا باشر العقد بغير إذن المولى [وههنا باشر العقد بإذن المولى] فإن العهدة تلحقه وهو ملك الآمر، وهو راضٍ بذلك حيث أمره بالشراء، ثم قال: ويرجع العبد بالثمن على الآمر [ومعناه أن البائع متى طالب إن كان له كسب ويرجع به على الآمر إذا كان عليه دين، ولو أراد البائع أن يحبس العبد يطالب الآمر] أو معناه أنه يؤدي الثمن من كسبه إن كان له كسب، ويرجع به على الآمر إذا كان

عليه دين .

ولو أراد البائع أن يحبس العبد حتى يأخذ الثمن ، لم يكن له ذلك ؛ لأن العبد فى يد نفسه ، والمبيع إذا كان فى يد الوكيل بالشراء حاضراً فى مجلس الشراء ، لا يكون للبائع حق الحبس ؛ لأنه بنفس البيع يصير مخليًا بين المبيع والمشترى ، فيصير قابضًا له بنفس الشراء ، فصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره ، والوديعة حاضرة فى مجلس البيع ، لايكون لصاحب الوديعة حبسها بالثمن ، فههنا كذلك ، فإن وجد الآمر بالعبد عيبًا ، فأراد خصومة البائع ، فإن كان ذلك العيب معلومًا للعبد يوم اشترى نفسه ، لم يرد به ؛ لأن العبد كان وكيلا بالشراء ، والوكيل بالشراء متى اشترى مع العلم بالعيب يمتنع الرد بالعيب ؛ لأنه أسقط حقه فى الرد ، وأنه من حقوق العقد ، فيكون إلى العاقد ، وإن لم يكن العبد عالـمًا بذلك ، فله أن يرده ، والذى يلى الخصومة فى ذلك العبد ؛ لأنه لم يرضَ ، وإنه من حقوق العقد ، فكان إلى العاقد وهو العبد ، وكان له الرد من غير استطلاع رأى الآمر ؛ لأن المشترى وهو العبد فى يد نفسه ، وهو وكيل بالشراء ، والوكيل يملك الرد بعيب لم يرضَ به من غير استطلاع رأى الموكل مادام المشترى فى يده ، عرف هذا فى مواضع كثيرة ، كذا ههنا .

ولو كان العبد اشترى نفسه للآمر بألف إلى العطاء ، كان العقد فاسداً ، كما لو باشره الآمر بنفسه ، وصار قابضًا بنفس الشراء ، اعتباراً للفاسد بالصحيح ، فإن مات العبد عقيب العقد ، ضمن الآمر قيمته بالغة ما بلغت ؛ لأن العبد صار قابضًا لنفسه ، كما فرغ من الشراء ، وقد وقع الشراء للآمر ؛ لأنه لم يصر مخالفًا ؛ لأنه لو صار مخالفًا إما أن يصير بحكم فساد العقد ، أو بحكم أن يملك الشراء أجل نقصان عن الألف المسمى معنى ، ولا وجه إليهما ؛ لأن الوكيل بالشراء الفاسد والنقصان عن المسمى ، فنفذ الشراء على الآمر ، ووقع قبض الوكيل وهو العبد لموكله ، فإذا مات الوكيل وهو العبد ، انتقلت العهدة إلى الموكل ، فيؤاخذ الآمر بقيمته بالغة ما بلغت ، ولا يصير مخالفًا ، وإن كانت قيمة العبد أكثر من الألف ؛ لأن هذا الخلاف ثبتت حكمًا لما مر ، فإن لم يمت العبد حتى استعمله البائع فى بعض عمله ، فهذا منه نقض للبيع حتى لو مات بعد ذلك يموت من مال البائع ؛ لأنه استرد العبد من المشترى برضاه ، والبائع بيعًا فاسدًا متى استرد العبد من المشترى بنقض البيع ، سواء كان الشرط الفاسد مشروطًا له أو لصاحبه ، فإن انتقض البيع

عاد العبد إلى ملك المولى، فإذا هلك كان الهلاك عليه.

ولو كان العبد اشترى نفسه للآمر بألف وعشرة إلى العطاء، أو إلى أجل معروف، والآمر كان أمره بألف، فهو حر حين وقع البيع؛ لأنه لما زاد على الألف المأمور به، صار مخالفًا قصدًا، فصار الحال بعد الوكالة كالحال قبله، وقبل الوكالة لو اشترى العبد نفسه من مولاه بألف إلى العطاء يعتق العبد، وكان المال على العبد إلى العطاء، كذا ههنا.

قالوا: وهذه المسألة رواية أن الفضولي متى اشترى شيئًا، وهو من أهل أن ينفذ عليه ينفذ عليه، ولا يتوقف، وإن أضاف الشراء إلى المشتري له نصًا، وقد اختلف المتأخرون في هذه المسألة، وكان اختلافهم بناء على اختلاف الروايات عن محمد، وفي "الأصل": إذا وكل الرجل رجلا ببيع العبد، فباع الوكيل العبد من نفسه لا يجوز؛ لأن بيع نفس العبد من العبد إعتاق، وليس ببيع، ولو باع العبد من قرين العبد جاز -الله أعلم بالصواب-.

الفصل الثالث عشر
فى بيان حكم وكيل الوكيل والموكل الأول والموكل الثانى معه

١٦١٧٦- قال محمد فى "الجامع الصغير" : فى الوكيل ببيع العبد إذا وكل غيره به ، فإن باعه الثانى ، والأول حاضر جاز ، وإن كان غائبًا لم يجز ، وإن باعه رجل غير الوكيل ، فبلغ الوكيل ، فسلم البيع ، فهو جائز ، وقال : فى الوكيل بالشراء إذا وكل غيره به إذا اشتراه الثانى ، والأول حاضر ، فهو لازم للآمر ؛ لأن المقصود من التوكيل الانتفاع برأى الوكيل لا بعبارته ؛ لأن الناس يتفاوتون فى الرأى لا فى العبارة ، فإذا وكل غيره ، وباع الثانى ، أو اشترى بحضرة الأول ، فقد حضر رأيه ، وإذا باع الثانى ، أو اشترى بغيبة الأول ، فلم يحضر رأيه ، وإذا بلغه وأجازه ، فقد حضر رأيه .

ثم إذا باع الثانى ، أو اشترى بحضرة الأول حتى جاز ، فالعهدة على من لم يذكر محمد هذا الفصل فى "الجامع الصغير" ، وذكر البقالى فى فتاواه : أن الحقوق ترجع إلى الأول ، وفى حيل "الأصل" و"العيون" : أو الحقوق يرجع إلى الثانى ، ثم إن محمداً قال فى "الجامع الصغير" : إذا باع الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الأول جاز ، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول ، وهكذا ذكر فى وكالة "الأصل" فى موضع ، وذكر فى موضع آخر من وكالة "الأصل" ، وشرط إجازته ، فقال : إذا باع الوكيل الثانى والوكيل الأول حاضر أو غائب ، فأجاز ذلك الوكيل الأول ، جاز .

حكى عن الكرخى : أنه كان يقول : ليس فى المسألة روايتان ، ولكن ما ذكر مطلقًا فى بعض المواضع : أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز ، فكان يحمل المطلق على المقيد ، ولا يجعل فى المسألة روايتان ، وإلى هذا ذهب عامة مشايخنا ، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح ؛ لأنه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ، ولو عدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل ، والوكيل غائب أو حاضر ، فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولى إلا بإجازته ؛ لأن الإجازة لبيع الفضولى لا تثبت بالسكوت ، لكون السكوت محتملا ، كذا ههنا ، ومتى أجاز ، فإنما

يجوز لأن الوكيل يملك مباشرته بنفسه، فيملك إجازته من طريق الأولى.

ومنهم من يجعل فى المسألة روايتين: وجه رواية اشتراط الإجازة ما ذكرنا، وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول: أن بيع الثانى حال غيبة الأول إنما لا يصح لعرى العقد عن رأى الأول، ومتى باع بحضرته، فقد حضر هذا العقد رأى الأول، وعلى هذا أحد وكيلى البيع والإجارة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجارة، فباع بحضرته فى رواية لا يجوز إلا بإجازته، وفى رواية: يجوز من غير إجازته.

وإن قدر الوكيل الأول للثانى ثمنًا بأن قال: بعه بكذا، فباعه الثانى بغيبة الأول، فيه روايتان: فى رواية كتاب الرهن: يجوز، وهكذا ذكر فى "المنتقى"؛ لأن مقصود الموكل أن يكون البيع برأى الوكيل الأول، وإذا قدر الوكيل الأول ثمنًا، فبيع الوكيل الثانى بيع برأى الوكيل الأول، وعلى رواية كتاب الوكالة: لا يجوز؛ لأن الأول لو كان هو الذى يباشره ربما يبيع بالزيادة على ذلك القدر لذكاءه وهدايته.

١٦١٧٧- وذكر فى آخر وكالة "الأصل": إذا وكل الرجل رجلا فى خصومة، أو تقاضى دين، أو بيع، أو شراء، أو نكاح، أو طلاق، أو غير ذلك، فليس للوكيل أن يوكل غيره، فإن وكل وفعل الثانى، لم يجز ذلك إلا فى خصلة واحدة استحسانًا، وهو البيع والشراء إذا فعل الثانى بمحضر من الأول، فإنه يجوز استحسانًا، والقياس أن لا يجوز.

قال الفقيه أبو بكر البلخى: استثنى محمد من جميع ما ذكر البيع والشراء، فيكون ما عدا ذلك من التصرفات التى ذكرها من الطلاق والنكاح داخلا تحت المستثنى منه، فعلى هذا الوكيل بالنكاح أو الطلاق إذا وكل غيره، ففعل الوكيل الثانى بحضرة الأول لا يجوز، والوكيل بالبيع والشراء إذا وكل غيره، ففعل الوكيل الثانى بحضرة الأول، يجوز استحسانًا.

والفرق على وجه الاستحسان: أن الوكيل فى باب الطلاق والنكاح رسول والرسول ينقل عبارة المرسل، فتكون العبارة للمرسل، وإذا أمر الوكيل غيره بذلك، فقد أمره بنقل ملك الغير، فلا يصح كما لو أمر الوكيل بنقل عين للموكل، فأمر الوكيل غيره بذلك، وأنه لايصح، وطريقه ما قلنا، وإذا لم يصح الأمر صار وجوده والعدم بمنزلة،

ولو طلق الثانى، أو نكح بغير أمر الأول أليس أنه لا يصح، كذا ههنا، أما الوكيل فى باب البيع والشراء أمره بنقل ملك نفسه؛ لأنه أمره بالبيع والبيع مملوك له، والعبارة فى البيع له، ولهذا يرجع حقوق العقد إليه، فيصح أمر غيره بذلك، كما يصح أمر الموكل الأول، غير أنه إذا باع الثانى بغيبة الأول إنما لا يصح على الموكل الأول، لا لأن الأمر من الوكيل الأول لم يصح، ولكن لأن هذا بيع لم يحضره رأى الوكيل الأول، والموكل الأول إنما رضى ببيع بحضرة رأى الوكيل الأول، فأما إذا باعه الثانى بحضرة الأول، فهذا باع، وقد حضره رأى الوكيل الأول، وقد صح الأمر به من الوكيل الأول، فصار بيع الثانى والحالة هذه كبيع الوكيل الأول بنفسه، فينفذ على الموكل الأول.

١٦١٧٨- وفى أول وكالة "عيون المسائل": رجل وكل غيره أن يزوجه امرأة، فزوّجه رجل سوى الوكيل، والوكيل حاضر، فأجاز، جاز، وكذا البيع. ولو وكل رجلا أن يطلق امرأته، أو يعتق عبده فطلق، أو أعتق رجل سوى الوكيل، والوكيل حاضر، فأجاز لم يجز، قال ثمة: والخلع والكتابة مثل النكاح.

وروى بشر عن أبى يوسف: فى فصل البيع والطلاق نظير ما روى ابن سماعة عن محمد، وفى الخلع بخلاف ذلك، فجعل أبو يوسف الخلع بمنزلة الطلاق، فإن كان الآمر قال للأول: ما صنعت من شىء، فهو جائز جاز للأول أن يوكل غيره، وينفذ تصرف الوكيل الثانى على الموكل الأول؛ لأن الموكل الأول فوّض الرأى إلى الوكيل الأول على العموم، فأجاز صنعه، وتوكيل الثانى من صنعه، فيدخل تحت الإجازة.

وكذلك إذا قال له الموكل الأول: وكّل من شئت، وكّل من أحببت[1] كان للأول أن يوكل غيره، ويجوز فعل الوكيل الثانى على الموكل الأول، والكلام فى هذا الفصل أظهر؛ لأن الموكل الأول فوّض التوكيل إلى الوكيل الأول نصّا، ولو مات الموكل الأول فى هذه الصورة، بطلت وكالتهما، ولو أن الموكل الأول أخرج الوكيل الأول عن الوكالة، فالثانى على وكالته، وكذلك لو مات الوكيل الأول، فالثانى على وكالته، وهذه المسائل دليل على أن الوكيل الثانى وكيل الموكل الأول، لا وكيل الوكيل الأول، وهذا لأن الوكيل بالتوكيل رسول، وعبارة الرسول كعبارة المرسل، فكان الموكل الأول

(١) هكذا فى ظ وف وكان فى الأصل وم: "أحسنت".

وكل، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

١٦١٧٩- وإن أراد الوكيل الأول أن يعزل الثانى، يحل له ذلك، ذكر الخصاف فى "أدب القاضى" فى موضع: أنه ليس له ذلك، وهذا إشارة إلى أن الثانى وكيل الموكل الأول، وذكر فى موضع آخر أن له ذلك، وهكذا ذكر فى "المنتقى". بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر أن له ذلك يشير إلى أن الوكيل الثانى وكيل الأول، وبعضهم أنكروا ذلك، وقالوا: الأول يملك عزل الثانى، لا باعتبار أن الثانى وكيل الوكيل الأول، ولكن باعتبار أن الموكل الأول أجاز صنع الأول، وعزل الأول للثانى من صنعه.

وفى "نوادر هشام": قال: سمعت محمدًا يقول: رجل قال لآخر: أنت وكيلى فى اقتضاء دينى، ووكِّل من شئت بذلك، فوكل الوكيل بذلك رجلا، فللوكيل الأول أن يخرج الثانى من الوكالة إذا شاء. ولو قال: أنت وكيلى فى اقتضاء دينى، ووكل فلانًا بذلك، فوكله الوكيل بذلك، لم يكن للأول أن يعزله؛ لأنه صار بمنزلة الرسول حين سماه له الآمر. ولو قال للوكيل وكل فلانًا إن شئت، فوكله كان للوكيل أن يعزله.

١٦١٨٠- إذا وكل رجلا بأن يشترى له جارية، وسمى نوعها أو ثمنها، وأجاز له ما صنع، أو قال له: وكل من أحببت، فوكل الوكيل رجلا آخر بذلك، فاشترى الوكيل الأول جارية، واشترى الثانى بعد ذلك جارية، فالثانى مشترٍ لنفسه؛ لأن وكالتهما على جارية واحدة بغير عينها، فينتهى بشراء الأول جارية.

وإذا وكل الرجل رجلا ببيع أو شراء، وقال له: اعمل فيه برأيك، فوكل الوكيل وكيلا، وقال له: اعمل فيه برأيك لم يكن للثانى أن يوكل الثالث نصّ عليه فى كتاب الشفعة.

١٦١٨١- وذكر فى كتاب المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: اعمل فيه برأيك، فدفع المضارب المال إلى غيره مضاربة، وقال: اعمل فيه برأيك، كان للثانى أن يدفع المال إلى غيره مضاربة، فمن مشايخنا من قال: ما ذكر فى المضارب يصير رواية فى الوكيل، وما ذكر فى الوكيل يصير رواية فى المضارب، فعلى قول هذا القائل: يصير فى المسألتين روايتان، ومنهم من قال: بين المسألتين فرق، وهو الأظهر.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل وكل رجلا ببيع عبده، وأجاز أمره فى

ذلك، وجعل له أن يوكل غيره بذلك، فوكل الوكيل رجلا، ثم إن الوكيل الأول اشترى العبد من الوكيل الثاني جاز؛ لأن الثاني صار وكيلا لمولى العبد، هكذا ذكره.

١٦١٨٢- وفي "المنتقى": رجل دفع إلى رجل ألف درهم بضاعة يشترى له بها متاعًا قد سماه، وأن يوكل بذلك من أحبّ، فدفعها الوكيل إلى رجل، وأمره أن يشترى بها المتاع الذى أمره رب المال، ففعل ذلك، فللوكيل الذى دفع الدراهم يعنى للوكيل الأول أن يقبض المتاع من المشترى، وإن مات الوكيل الأول لا تبطل وكالة الثانى، ولو أن رب المال حين دفع الدراهم قال: وكلتك أن تشترى لى بها كذا، وأن توكل بذلك لى من أحببت، فدفع الذى قبض الدراهم إلى رجل، وقال: وكلتك لفلان أن تشترى له بهذه الألف كذا، فهذا وكيل رب المال، وليس للذى دفع الدراهم أن يقبض المتاع من المشترى، وكذا لو دفع إليه الدراهم، وقال: وكلتك أن تشترى بهذه الألف لفلان كذا، ولم يقل: وكلتك لفلان.

وكذلك إذا قال: وكلتك بأن تشترى بهذه الألف كذا، ثم تصادقا أن المال لفلان، وأنه إنما وكله ليشترى لفلان، وأن فلانًا قد أمره أن يوكل من أحب، وهذا لأنه حين قال: وكله لى، فقد جعله رسولا، فصار الثانى وكيلا لرب المال، فلا يكون للأول أن يقبض المتاع منه.

١٦١٨٣- رجل قال لآخر: وكل فلانًا بأن يشترى لى منك ما بدا لك، فهو جائز، وإذا قال: وكل من شئت أن يشترى لى منك ما بدا لك لا يجوز.

١٦١٨٤- رجل باع عبد رجل بغير أمره، ثم إن صاحب العبد قال للمشترى: وكلتك ببيع هذا العبد، وإن توكل بذلك من أحببت، فوكل المشترى رجلا ببيع العبد، وأجاز ذلك البيع، كان جائزًا، وعلى قياس هذا إذا وكل مولى العبد البائع أو رجلا آخر ببيع هذا العبد، فأجاز ذلك البيع كان جائزًا.

الفصل الرابع عشر
في توكيل بعد توكيل بشيء واحد، وفي التوكيل بشراء شيء في ملك الموكل بشيء من ذلك يوم وكل

١٦١٨٥- ذكر في "فتاوى أبي الليث": قال الفقيه أبو بكر: رجل وكل رجلا ببيع عبد له، ووكل آخر ببيع هذا العبد أيضًا، فباع أحد الوكيلين العبد من رجل، ثم باع الوكيل الآخر العبد من ذلك المشترى بأكثر من الثمن الأول، قال: بيع الوكيل الثاني من المشترى جائز، قال: لأن الوكيل الثاني لم يخرج عن الوكالة ببيع الأول، قال: ألا ترى أن الموكل لو باعه بنفسه، ثم رد عليه بعيب بقضاء قاضٍ، فالوكيل على وكالته، وفي مسألة الاستشهاد رواية أخرى، بخلاف ما ذكرنا على ما يأتي بعد هذا.

فإن قيل: لو جاز البيع الثاني، ينفسخ الأول، والوكيل الثاني لا يملك فسخ بيع الوكيل الأول. قلنا: البيع الأول لا ينفسخ قصداً وابتداء، وإنما ينفسخ في ضمن البيع الثاني، ويجوز أن يثبت الشيء في ضمن غيره، وإن كان لا يثبت مقصوداً على ما عرف في موضعه.

١٦١٨٦- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل وكل رجلا بقبض كل دين له، ثم فارقه، ثم وكل آخر بقبض كل دين له، فقبض الوكيل الأول شيئًا من الدين، فليس للثاني أن يقبضه من الأول؛ لأنه ليس بدين، إنما هو وديعة، ولو كان وكل الأول بقبض كل دين له، ووكل الثاني بقبض كل شيء له، فقبض الأول شيئًا من الدين، فللثاني أن يقبض منه.

١٦١٨٧- وفي "المنتقى": رجل قال لغيره: وكلتك بقبض داري التي في موضع كذا التي في يد فلان، فمضى الوكيل، ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الأول في قبض هذه الدار بعينها، فإن كان الأول قد قبض الدار قبل توكيل الثاني، فللثاني أن يقبض

الدار من الأول، فإن وكل الثانى قبل أن يقبض الأول الدار، فليس للثانى أن يقبضها؛ لأنها صارت مقبوضة لصاحبها، قال: والشيء بعينه لا يشبه ما ليس بعينه، ألا ترى أن رجلا لو وكل رجلا بقبض عبد له بعينه فى يدى رجل، ثم قبضه المولى، فمكث عنده زمانًا، ثم دفعه إلى رجل آخر وديعة، لم يكن للوكيل أن يقبضه[1].

١٦١٨٨- وفى "المنتقى" رواية بشر عن أبى يوسف: رجل وكل رجلا أن يشترى له شيئًا مسمى، وبين جنسه وصفته من عبد أو دار أو فرس، أو ما أشبه ذلك، وكان فى ملك الآمر شيء من ذلك يوم أمر، فباعه ثم اشتراه المأمور للآمر لا يجوز، قال: وهذا على غير ما ملكه، قال: ولو كان فى ملك المأمور، فباعه ثم اشتراه المأمور، فهو جائز على الآمر، ولو كان للآمر امرأة فى عدة منه يملك رجعتها، لم يجز نكاحه إياها له، وإن كان فى عدة من طلاق بائن، جاز نكاحها إياه، قال: إلا أن يكون شكى سوء خلقها، أو كراهته وقت الأمر بالنكاح، فليس يجوز تزويجه عليه إياها. وروى هشام عن محمد: مسألة النكاح والشراء على نحو ما روى بشر عن أبى يوسف.

١٦١٨٩- قال فى "الأصل": وإذا وكل الرجل رجلا ببيع عبده، ووكل آخر ببيع ذلك العبد، فباع هذا من رجل، وهذا من رجل آخر، فإن علم الأول، فهو له؛ لأن بيع الأول قد صح، فيصير الثانى بائعًا ملك المشترى الأول، لا ملك الموكل، فلا يصح، وإن لم يعلم الأول، كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن؛ لأن البيعين قد وجدا، ولم يعلم تقدم أحدهما على الآخر، فكأنهما وجدا معًا، ولو وجدا معا كان العبد بين المشتريين نصفين، كذا ههنا، ويخير كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما اشترى النصف، وقد استحق عليه النصف، وإن كان العبد فى يد أحد الوكيلين، أو فى يد الموكل، فهو سواء؛ لأن العبد ليس فى يد أحد المشتريين، بل فى يد غيرهما، ومتى كان العبد لغير المشتريين، وقد ادعيا تلقى الملك من جهة واحد، كان بينهما نصفين، وإن كان فى يد أحد المشتريين، كان هو أولى إلا أن يؤرخ الآخر شراءه قبل شراء هذا، ولم يذكر

---

(١) وفى تصحيح نسخة: "ظ" هنا عبارة زائدة موجودة، وهى بعد قوله: "أن يقبضه": "ولو وكله بقبض كل شيء له، فلهم ذلك، ثم قبضه المولى، ثم أودعه إنسانًا آخر، فللوكيل أن يقبضه" بعد هذا: "وفى "المنتقى"... إلخ".

ما إذا باع الموكل من رجل، وباع أحد الوكيلين من رجل آخر، أو كان الوكيل واحداً باع الوكيل من رجل والموكل من رجل آخر، ولا شك أنه إذا علم الأول كان الأول أولى، وإن لم يعلم الأول، روى الحسن عن أبي حنيفة : أن بيع الموكل أولى، وروى ابن سماعة عن محمد : أن المشترى يكون بين المشتريين نصفين .

الفصل الخامس عشر
فى انعزال الوكيل، وخروجه عن الوكالة حكمًا لا قصدًا

١٦١٩٠- وإذا جن الموكل، فهو على وجهين: إن كان الجنون غير مطبق لا ينعزل الوكيل، وإن كان مطبقًا ينعزل، وفى المسألة قياس واستحسان، لكن اختلف فيها ألفاظ الكتب، ذكر فى بعض المواضع: القياس والاستحسان فى المطبق، فقال: القياس أن لا ينعزل، وفى الاستحسان: ينعزل. قالوا: وما ذكر من الجواب فى الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل فى كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل عزله كالعدل إذا سلطه على بيع الرهن، وكان التسليط مشروطًا فى عقد الرهن، لا ينعزل الوكيل بجنون الموكل، وإن كان الجنون مطبقًا، وهذا لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة كان لبقاءها حكم الإنشاء، ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جُن جنونًا مطبقًا لا يصح، فكذا لا تبقى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة، فأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله، لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء، وكان الوكيل فى هذه الوكالة بمنزلة المالك لما لم يملك الموكل عزله، ومن ملك شيئًا من جهة أحد، ثم جن المملك، فإنه لا يبطل ملكه، كما لو ملك عبدًا، فكذا إذا ملك التصرف، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها، ثم جن الزوج، لا يبطل الأمر.

ولفظ محمد فى هذا: وإذا وكل الرجل وكيلا فى خصومة، أو بيع، أو شراء، أو شىء كان له أن يخرجه منه، ثم ذهب عقل الموكل زمانًا دائمًا، فقد خرج الوكيل من الوكالة، وهذا بمنزلة الموت، وأما ما لم يكن له أن يخرج منه، فلا يبطل مثل الأمر باليد، وقد اختلفت الروايات فى حد الجنون المطبق، وروى عن محمد: أنه قدره بشهر، ثم رجع وقدره بالسنة الكاملة، وعن أبى يوسف أنه قدره بأكثر السنة، وإذا عرفت تفسير المطبق، فما دونه يكون غير المطبق.

وأما إذا جُنّ الوكيل: فإن جُنّ جنونًا مطبقًا، وصار بحال لا يعقل الإنابة والبيع

والشراء ، يخرج عن الوكالة حتى لو باع أو اشترى ، لا يجوز ، فأما إذا كان بحيث يعقل الإنابة والبيع والشراء ، بأن كان جنونه فى شيء آخر ، فإنه يبقى وكيلا وينعزل .

فرق بين هذا وبينما إذا جن الموكل جنونًا مطبقًا إلا أنه يعقل الإنابة والبيع والشراء ، فإنه ينعزل الوكيل عن الوكالة ، وإذا بقى الوكيل على وكالته فيما إذا كان يعقل الإنابة والبيع والشراء ، فباع أو اشترى فى حال جنونه ، ذكر فى "الأصل" : أنه يجوز ، قالوا : وما ذكر فى "الأصل" محمول على ما إذا رضى الموكل بذلك ، فأما إذا لم يرض بذلك لا يجوز تصرفه على الموكل ؛ لأنه لو جاز ، فالعهدة تلحق الموكل ، والموكل إنما رضى بتصرفه بشرط أن تكون العهدة على الوكيل ؛ لأنه وكله بالتصرف وهو حر عاقل بالغ ، والبالغ الحر العاقل إذا توكل عن غيره ببيع أو شراء ، كانت العهدة عليه ، فشرط رضى الموكل لهذا .

١٦١٩١- وإذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له ، ثم إن الموكل باع العبد بنفسه ، فالأصل فى جنس هذه المسائل : أن الموكل متى أحدث فيما وكل ببيعه تصرفًا قبل أن يبيع الوكيل ، إن كان تصرفًا يعجز الوكيل عن البيع ، يخرج عن الوكالة ، وإن كان تصرفًا لا يعجزه عن البيع ، لا يخرج عن الوكالة ؛ لأنه إذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال ، وبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة .

إذا ثبت هذا ، فنقول : متى باع ، أو وهب ، أو تصدق وسلم ، أو وطئ واستولد ، فالوكيل يخرج عن الوكالة ؛ لأن هذه التصرفات فى العبد يعجز الوكيل عن البيع ، ألا ترى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع ، فكذا وكيله . ولو وطئ ، ولم يستولد ، أو استخدم ، أو أذن له فى التجارة ، كان على الوكالة ؛ لأن هذه التصرفات لا يعجز الوكيل عن البيع ، ألا يرى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه ، فكذا وكيله ، وإذا رهن ، أو آجر وسلم ، ذكر فى ظاهر الرواية : أنه لا يخرج عن الوكالة ، وعن أبى يوسف : أنه يخرج .

١٦١٩٢- وإن باع الآمر العبد ، أو باع الوكيل العبد ، ثم رد عليه بالعيب بقضاء ، فإن للوكيل أن يبيعه . وفيه نوع إشكال ؛ لأن الوكالة قد انتهت نهايتها ، أما ببيع الوكيل فلأنه أمر بالبيع مرة واحدة ، وقد باع مرة واحدة ، فينتهى الأمر ، وأما ببيع الموكل فلأن

بيع الموكل فى حق حصول المعقود، وهو الثمن بمنزلة بيع الوكيل، ثم الوكالة تنتهى ببيع الوكيل، فكذا ببيع الموكل.

والجواب: أن المقصود من الأمر بالبيع تحصيل الثمن على ما قلتم، ولكن هذا المقصود فات بالرد بالعيب، لا بصنع من جهة الآمر، وفوات ما هو المقصود من التصرف لا بصنع من جهة المتصرف يلحق التصرف بالعدم، فكأنه لم يوجد البيع أصلا، وهناك إذا باعه الوكيل يجوز بيعه، وروى ابن سماعة عن أبى يوسف ومحمد: أنه ليس للوكيل أن يبيعه، ولو قبله المولى بعد القبض بالعيب بغير قضاء، فإنه لا يعود وكيلا؛ لأن الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد فى حق الثالث، فصار فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراه، وهناك لا تعود الوكالة؛ لأنه لم يعد إلى الموكل عين ما وكل ببيعه؛ لأن الملك يختلف حكمًا لاختلاف السبب.

١٦١٩٣- ولو أقاله المشترى، فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض، فلأنه بمنزلة الشراء الجديدة فى حق الثالث، وإن كانت الإقالة قبل القبض فلأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع، والمقصود من البيع وهو الثمن وإن فات، ولكن من جهة الموكل، وفوات المقصود من التصرف من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم.

١٦١٩٤- فإن باعه الموكل، واشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام، ثم نقض، فللوكيل أن يبيعه وإن كان الموكل مختاراً فى الرد متى كان الخيار له؛ لأن ما هو المقصود من البيع ههنا لم يحصل؛ لأن خيار البائع عند أبى حنيفة يمنع دخول الثمن فى ملك البائع، وعندهما: البائع وإن كان يملك الثمن، ولكن ملكًا غير مستقر، وإذا لم يحصل ما هو المقصود من البيع لم ينتهِ الأمر، فيبقى الوكيل على وكالته.

وكذلك لو كان الوكيل باعه، وشرط الخيار لنفسه، ثم نقض البيع، وكذلك إذا كان الخيار للمشترى؛ لأن خيار المشترى يمنع دخول الثمن فى ملك البائع بالإجماع، فلم يحصل المقصود من البيع، فلم ينته الأمر نهايته.

وإن مات المشترى بعد ما باعه الموكل أو الوكيل بيعًا باتا، وورثه الموكل، لا يعود وكيلا؛ لأن المقصود قد حصل من البيع، وهو الثمن، وانتهى الأمر، ولم يفت المقصود بالوراثة بعد ذلك أصلا، فلا يعود الأمر.

١٦١٩٥- وفي "نوادر ابن سماعة": رجل أمر رجلا أن يزوّجه امرأة بعينها، ثم إن الوكيل تزوج أمها أو أختها، فقد خرج الوكيل عن الوكالة على وجه لا يعود وكيلا إلا بتجديد الوكالة، حتى لو طلقها قبل الدخول، فزوّجه الوكيل تلك المرأة التي أمره بتزويجها إياه لا يجوز. وفيه أيضًا: إذا وكله أن يزوجه امرأة بعينها، ثم إن الموكل تزوّج تلك المرأة بنفسه، ثم طلقها، ثم زوجها الوكيل إياه لم يجز.

وكذلك لو أمره أن يشتري له عبدًا بعينه، ثم اشتراه الآمر بنفسه، ثم باعه، ثم اشتراه المأمور للآمر، لم يجز، وفي "المنتقى": رجل وكّل رجلا أن يزوّجه امرأة بعينها، ثم ارتدت المرأة، ثم أسلمت، فزوجها الوكيل منه جاز، وذكر هذه المسألة في "المنتقى" أيضًا بطريق الاستشهاد، وقال: لا يجوز.

١٦١٩٦- وفي "الأصل": وكلت المرأة رجلا أن يزوجها من رجل، ثم إن المرأة تزوجت بنفسها، فقد خرج الوكيل عن الوكالة علم أو لم يعلم. وكذلك لو ارتدت، ولحقت بدار الحرب أو لم تلحق.

وفي القدوري: الوكيل على وكالته حتى يموت، أو يلحق بدار الحرب. وفي وكالة "المنتقى": إذا وكله أن يهب عبده، ثم إن الموكل وهبه بنفسه، ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه مرة أخرى. قال محمد: ولا يشبه هذا البيع، يريد به على ظاهر الرواية، فإن ظاهر الرواية إذا رد العبد على الموكل بالعيب بقضاء، فللوكيل أن يبيعه.

١٦١٩٧- وفي "الجامع الأصغر": رجل وكل رجلا أن يزوجه فلانة، فذهب الوكيل، وبدا له أن يتزوجها لنفسه، ففعل ووطئها، ومضى على ذلك زمان، وجاءت بالأولاد، ثم طلقها، وانقضت عدتها، فزوّجها من الموكل، فالعقد جائز.

١٦١٩٨- وإذا وكل الرجل ببيع أو شراء، أو ما أشبه ذلك، ثم ارتد الموكل، فالوكالة موقوفة عند أبي حنيفة، إن أسلم الوكيل نفذت، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت، وعندهما: الوكالة نافذة.

١٦١٩٩- وإذا باع الموكل العبد الموكل ببيعه بنفسه، ولم يعلم الوكيل ببيع الموكل، فباعه الوكيل، وقبض الثمن، وهلك في يده، فالمشتري يرجع على الوكيل بالثمن، وللوكيل أن يرجع على الموكل بذلك؛ لأنه مغرور من جهته، وكذلك لو دبّره

الموكل، أو استحق، أو وجد حرّاً كان للوكيل أن يرجع عليه. وكذلك لو عزل الموكل الوكيل، ولم يعلم به الوكيل حتى باع العبد، وباقى المسألة بحالها، فللوكيل أن يرجع على الموكل.

١٦٢٠٠- وفى "نوادر عيسى بن أبان" عن محمد: رجل أمر رجلا أن يهدم داره، ثم إن الآمر باع الدار، ثم هدمها المأمور قبل التسليم، ولم يعلم ببيع الآمر، قال للمشترى أن يضمن الهادم قيمة البناء؛ لأن الوكيل بالبيع خرج عن الوكالة فى هدمها، ولا يرجع المأمور على الآمر بما يغرم؛ لأنه لم يغرّه فيها من قبل أنه قد كان مالكًا حين باعها، وهذه الرواية تخالف الرواية فى المسائل المتقدمة.

١٦٢٠١- ولو وكل رجلا بقبض دين له على رجل، ثم إن الموكل وهب الدين من المديون، والوكيل لا يعلم، فقبض الوكيل المال، وهلك فى يده، فإن للمديون أن يأخذ به الموكل، ولا ضمان على الوكيل؛ لأن الوكيل نائب فى القبض؛ لأنه يقبض باعتبار الأمر، لا باعتبار عقد وجد منه، فكانت يده بمنزلة يد الآمر، ولو كان الآمر قبض بنفسه بعد ما وهب، فيرجع عليه.

١٦٢٠٢- وإذا أمر الرجل رجلا ببيع عبد له، ثم مات العبد، أو مات الآمر، ولم يعلم به الوكيل، فباع وقبض الثمن، وهلك عنده ضمن الوكيل الثمن، ولم يرجع على الآمر إن كان العبد قد مات، ولا فى تركة الموكل إن كان الموكل قد مات؛ لأن الغرور لا يتحقق منه بعد الموت، وأما إذا مات العبد فقد هلك المحل الذى تناوله الوكالة، فلا يتحقق الغرور فيه، وليس كذلك بيع الحر، يريد إذا باع الوكيل العبد الموكل ببيعه، ثم ظهر أنه حر؛ لأن هناك عين يقع الإشارة إليه، فيتحقق الغرور.

١٦٢٠٣- وفى طلاق "الأصل": إذا وكل الرجل أن يطلق امرأته، ثم طلقها الزوج بنفسه قبل طلاق الوكيل، فهذا لا يكون عزلا للوكيل، ويقع طلاق الوكيل عليها ثانيًا مادامت فى العدة، وبعد ما انقضت العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها تزوجها الزوج أو لم يتزوج. وفى آخر وكالة "شرح القدورى": إذا وكل الرجل غيره بالطلاق، ثم طلق الموكل بنفسه، خرج الوكيل من الوكالة، قال ثمة: وهذا محمول على أن الموكل طلق ثلاثًا، أو انقضت العدة؛ لأنه لم يبق هناك طلاق يقع بتصرف الوكيل، أما إذا طلق

واحدة وهى فى العدة، فتصرف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الباقى. وكذلك لو قال له: اخلعها ثم خلعها الآمر خرج الوكيل عن الوكالة؛ لأن الخلع بعد الخلع لا يصح، فتعذر التصرف على الوكيل.

١٦٢٠٤- وإذا وكل رجلا ببيع دار له، فبنى فيها بناءً، فهو رجوع عن الوكالة فى قول أبى حنيفة ومحمد، وإن جصصها، فليس برجوع استحسانًا، قال محمد: والوصية عندى نظير الوكالة، وإذا وكل ببيع أرضه، ثم غرس فيها نخيلا أو أشجارًا، فهو رجوع عن الوكالة، ولو زرع فيها زرعًا، فليس برجوع عن الوكالة، وللوكيل أن يبيع الأرض دون الزرع. ولو أمره بشراء دار وهى أرض بيضاء فبنيت، فاشتراها الوكيل لم يجز على الآمر، ولو كانت مبنية، فزاد فيها حائطًا، أو جصصها، أو طيّنها، فهو جائز، وكذلك الوكالة بالبيع فى هذه الدار.

١٦٢٠٥- وفى "نوادر إبراهيم" عن محمد: إذا أمر رجلا أن يشترى له أرضًا بيضاء، فبنى فيها صاحبها، ثم اشترى المأمور قال: البناء للوكيل، والأرض للآمر بحصتها. ولو قال: اشتر لى هذه الأرض البيضاء، أو هذا القراح أو قال بعضه، ثم غرس نخلا، أو اتخذ حمامًا أو بستانًا، لم يجز على الآمر فيه بيع ولا شراء. وكذلك إذا زرعت ولو كان بستانًا أو حمامًا، فقال: بعه، أو قال: اشتره لى، ثم زيد فيها غرس أو شجر، فالبيع والشراء فى هذا جائز على الآمر.

١٦٢٠٦- ولو أمره بشراء حنطة بعينها، أو ببيعها فطحنت، بطل التوكيل، ولو أمره ببيع لبن حليب فحمض، فباعه جاز إلا فى الزبد الذى خرج منه، هذه الزيادة من البقالى. ولو أمره بشراء حليب، فاشتراه بعد ما حمض، لم يجز إذا كان سمّى الآمر هذا اللبن الحليب، وإن لم يكن سمّى له الحليب جاز شراءه. ولو أمره بشراء سويق بعينه، فلت بسمن أو زيت أو حلى بعسل أو سكر لم يجز الشراء على الآمر، والبيع يجوز. ولو أمره بشراء سمسم بعينه، فرمى بعد ذلك بنفسج أو خيرى، لم يجز الشراء، والبيع يجوز.

١٦٢٠٧- ولو أمره بشراء ثوب أبيض بعينه، أو ببيعه، فصبغ لم يجز الشراء على الآمر، فالبيع يجوز، وكذا إذا لم ينسبه إلى البياض فى الأمر، لكن أشار إليه، ثم صبغ

بعد ذلك يجوز البيع ، ولا يجوز الشراء ، وإذا وكله ببيع وصيفة أو شراءها ، فصارت عجوزاً ، فباع بعد ذلك ، أو اشترى يجوز ، وكذلك الحمل والجدى إذا كبرا فى البيع والشراء ، هذه الجملة من "المنتقى" . وفى "البقالى" : أنه لا يجوز البيع والشراء فى الحمل والجدى والوصيف ، بخلاف ما ذكر فى "المنتقى" ، وفى "الزيادات" على نحو ما ذكر فى "المنتقى" . وإذا وكله ببيع الكفرى الذى فى نخيله أو بشراء الكفرى الذى فى نخيل فلان ، فصار الكفرى بسراً أو رطبًا أو تمرًا بطلت الوكالة لتغير الاسم .

وفى وصايا "الزيادات" : وكذلك البسر إذا صار رطبًا بطلت الوكالة فى البيع والشراء ، وإذا صار بعض البسر رطبًا ، بطلت الوكالة فيما صار رطبًا فى البيع والشراء ، ولم تبطل فيما بقى بسراً إلا إذا كان الذى صار رطبًا شيئًا قليلا كرطبين أو ثلاثة ، فحينئذٍ تبقى الوكالة فى الكل والرطب إذا صار تمرًا لم تبطل الوكالة فى البيع والشراء استحسانًا ، بخلاف العنب إذا صار زبيبًا والبسر الصغير إذا كبر لا تبطل الوكالة فى البيع والشراء .

الفصل السادس عشر
فى جمع الوكيل بين ما أمربه وبين غيره، وفى جمعه بين ما أمربه من جهة شخصين فى العقد وفى الزيادة من الوكيل

١٦٢٠٨- وفى "نوادر المعلّى" عن أبى يوسف: رجل أمر رجلا أن يشترى له نصف دار بعينها، فاشترى له نصفها بمائة، ثم إن المأمور اشترى الدار كلها للآمر من البائع بمائة وخمسين، فإن الدار بين المأمور وبين الآمر نصفين نصفها للآمر بخمسة وسبعين، ونصفها للمأمور بمثل ذلك.

١٦٢٠٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل دفع إلى رجل عبدًا وأمره أن يشترى له به جارية بعينها، فاشترى المأمور له به تلك الجارية، وجارية أخرى معها، وقيمة الجاريتين على السواء، قال: إن أجاز الآمر ما صنع المأمور كانت الجارية التى أمر بشراءها للآمر، والأخرى للمأمور وعلى المأمور نصف قيمة العبد للآمر، فإن لم يجز الآمر ما صنع المأمور من ذلك، بطل بيع الجارية التى لم يأمر بشراءها، وكان بائع الجاريتين بالخيار إن شاء سلّم الجارية التى أمر بشراءها للآمر، وأخذ نصف العبد، وإن شاء نقض العقد فيها، وذكر هذه المسألة فى "المنتقى" وفرع كليها تفريعًا. ولو كان المأمور اشترى الجارية التى أمر بشراءها بالعبد كما أمر، ثم إن بائع الجارية زاد فى المبيع بعد ذلك جارية قيمتها مثل قيمة الأولى، وقبِل المأمور ذلك، فذلك جائز، والعبد سالم لبائع الجاريتين، والجارية الأولى للآمر، والجارية الزائدة للمأمور، وعلى المأمور نصف قيمة العبد للآمر، ولا خيار للآمر فى شىء ذلك.

وعلى هذا إذا دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشترى له بها كرّان من طعام، فاشترى له بالمائة كرًّا كما أمره به، ثم إن المشترى زاد البائع فى الثمن خمسين درهمًا على إن زاده البائع كرًا آخر من الطعام، فالكرّ الأول للآمر، والكرّ الزيادة[1] للمشترى، ويضمن المشترى للآمر خمسة وعشرين درهمًا، فإن كان المشترى زاد البائع مائتى درهم

(١) هكذا فى ظ وم وف، وكان فى الأصل: "الزائدة".

على أن زاده البائع كرًا آخر من الطعام، فالكرّ الأول للآمر، والكرّ الزيادة للمشترى، وهو متطوع فيما زاد من الثمن، ولا يرجع على الآمر بشىء مما زاد قد ذكر بعض مسائل الزيادة فى فصل التوكيل بالبيع، وفى فصل التوكيل بالشراء.

١٦٢١٠- وفى "نوادر هشام" قال: سمعت محمدًا يقول: فى رجل أمره رجل أن يشترى له ثوبًا بعشرة دراهم، وسمى نوعه وصفته، ورجل آخر أمره بمثل ذلك، فاشترى المأمور ثوبين صفقة واحدة بعشرين درهمًا، قال: إن لم ينو حين اشترى أن هذا لفلان وهذا لفلان، فالشراء لنفسه، وإن نوى أن هذا لفلان وهذا لفلان يقسم الثمن على قيمتهما، فإن أصاب كل ثوب عشرة، فهو جائز، وإن أصاب أحدهما أكثر من عشرة، وإن أصاب الآخر أقل من عشرة، فالذى أصابه أكثر من عشرة لا يلزم الآمر، والذى أصابه أقل من عشرة يلزم الآمر إن كان لايصاب بعشرة خيراً منه.

الفصل السابع عشر
فى توكيل الأب والوصى فى أمور اليتيم

١٦٢١١- قال محمد: الأب إذا وكل رجلا ببيع شىء لابنه الصغير، أو بشراء شىء له، أو بالخصومة، فهو جائز، وإن كان الأب فى معنى الوكيل بالتصرف فى مال الصغير. وفرق بين الأب وبين الوكيل الخاص، فإن الوكيل الخاص لا يملك، والوجه فى ذلك: أن الأب فوّض إليه التصرف فى مال الصغير على سبيل العموم والمفوض إليه التصرف فى مال الغير[1] على سبيل العموم كما يملك المباشرة بنفسه يملك التفويض إلى غيره كالمضارب، وهذا لأن التفويض إذا كان عامّا كان المفوّض إذنًا للمفوض إليه بتفويض بعض ما فوض إليه إلى غيره دلالة لعلمه أن المفوّض إليه، لا يمكنه إقامة الكل، ولو أذن له بذلك نصّا بأن قال: ما صنعت من شىء، فهو جائز يملك التفويض إلى غيره، فكذا إذا ثبت الإذن دلالة.

والجواب فى وصى الأب إذا وكل غيره بشىء من أمور اليتيم نظير الجواب فى الأب لكون الوصى قائمًا مقام الأب، فإن بلغ الصبى قبل أن يصنع الوكيل شيئًا من ذلك انعزل الوكيل عن الوكالة، ووكيل الأب ووكيل الوصى على السواء؛ لأن الوكيل يكمل بطريق النيابة عن الموكل، وقد زال ولاية الموكل عن الصغير، فتزول ولاية الوكيل ضرورة، وهذا بخلاف ما لو أذن الأب، أو الوصى لعبد الصغير فى التجارة، ثم بلغ الصبى، فإنه لا ينحجر العبد، والوجه فى ذلك: أن الأب فيما يتصرف للصغير نائب من وجه من حيث إنه وجدت النيابة حكمًا، وكالأصيل من وجه من حيث إنه لم يوجد النيابة من جهة الصغير على الحقيقة، فعملنا بجهة الأصالة فى الوكيل، فعزلناه بزوال ولاية الموكل، وعملنا بجهة النيابة فى إذن العبد، فلم ينحجره بزوال ولاية الإذن عملا بالشبهين جميعًا.

---

(١) وفى الأصل: "الصغير".

الفصل الثامن عشر
فى الاختلاف الواقع بين الوكيل والموكل

١٦٢١٢- قال محمد فى "الجامع الصغير" : فى رجل يقول لرجل : أمرتك أن تبيع عبدى بالنقد، فبعته بالنسيئة، وقال المأمور : لا، بل أمرتنى بالبيع، ولم تقل : شيئًا، فالقول قول الآمر ؛ لأن الآمر يستفاد من جهته، ألا ترى أن الآمر لو أنكر أصلا، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الآمر بما وراء النقد، وقال : فى المضارب إذا قال له رب المال : أمرتك بالنقد، وقال المضارب : بل دفعت مضاربة، ولم تبين[1] شيئًا، فالقول قول المضارب ؛ لأن الأصل فى المضاربة هو الإطلاق والعموم، ألا ترى أن له أن يبضع ويودع ويوكل، وألا ترى أنه صحت المضاربة عند الإطلاق وعند الإطلاق يثبت الإذن مطلقًا، فكان القول قول من يتمسك بالأصل بخلاف الوكالة، فإن الإطلاق والعموم ليس فيها بأصل، ألا ترى أنه لا يودع ولايوكل، وإذا باع لا يشترى حتى إن فى المضاربة لو سقط اعتبار العموم والاطلاق باتفاقهما، بأن كان رب المال يدعى المضاربة فى نوع مسمى، والمضارب يدعى ذلك فى نوع آخر، فالقول قول رب المال، ويصير المضارب نظير الوكيل.

١٦٢١٣- وفى "المنتقى" : ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد : إذا قال لغيره : أمرتك أن تبيع عبدى على أن لى فيه الخيار، وقال المأمور : لم تأمرنى أن أشترط ذلك الخيار، فالقول قول المأمور، وكذلك لو قال : أمرتك أن تبيع بيعًا فاسدًا.

١٦٢١٤- قال فى "الجامع الصغير" أيضًا : وإذا دفع إلى رجل ألف درهم، وقال : اشتر لى بها جارية، فاشترى، فقال الأمر : اشتريتها بخمسمائة، وقال المأمور : اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور، قالوا : وهذا إذا كانت الجارية تساوى ألفًا، فأما إذا كانت الجارية تساوى خمسمائة لا يقبل قول المأمور على الآمر، وهذا لأن الأمر تناول جارية تشترى بألف درهم، والمأمور بشراء جارية تشترى بألف درهم، لا يملك شراء

---

(١) هكذا فى "ظ"، وفى الأصل : ولم يبين.

جارية تشترى بخمسمائة، فهذا الشراء لا يصلح أن يكون واقعًا للموكل، سواء اشتراها بألف أو خمسمائة، فأما شراء الجارية تشترى بألف يصلح أن يكون واقعًا للموكل، سواء اشتراها بألف أو خمسمائة، إلا أن الآمر يدعى لنفسه حق الرجوع على المأمور بخمسمائة؛ لأنه نقد له الألف، وزعم أن الشراء وقع بخمسمائة، وله حق الرجوع بالخمسمائة الباقية، والمأمور ينكر هذا، فهذا هو حاصل اختلافهما، والقول قول المنكر فى الشرع.

فإن لم يكن دفع الألف إليه، وباقى المسألة بحالها، فالقول قول الآمر، ويلزم الجارية المأمور، وأما إذا كانت الجارية تساوى خمسمائة؛ لأن هذا الشراء لا يصلح أن يكون واقعًا للآمر اشتراها بألف أو خمسمائة، فلا يقبل قول المأمور فيها على الآمر، فيلزم المأمور، وأما إذا كانت الجارية تساوى ألف درهم؛ لأن المأمور يدعى الرجوع عليه بألف درهم، وهو يقر بخمسمائة، وينكر الزيادة عليها، والقول قول المنكر فى الشرع، وقوله فى الكتاب، ويلزم الجارية المأمور، يعنى ما تحالفا؛ لأن فى هذه الصورة يجب التحالف؛ لأن هذا الشراء يصلح أن يكون واقعًا للموكل؛ لأنه اشترى جارية يشترى بألف، كما أمره به، لكن وقع الاختلاف بين الآمر والمأمور فى مقدار الثمن، وفى مثل هذا يجب التحالف، وهذا لما عرف أن الوكيل بالشراء مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشترى، فهذا اختلاف وقع بين البائع والمشترى فى مقدار الثمن، وأنه يوجب التحالف، وإذا تحالفا، فالقاضى يفسخ العقد إذا طلبا، أو طلب أحدهما، وعند ذلك يلزم الجارية المأمور.

١٦٢١٥- ولو وكله أن يشترى له جارية بعينها، فاشتراها، ثم وقع الاختلاف بين الوكيل وبين الآمر، فقال الوكيل: أمرتنى بالشراء بألف، وقد اشتريتها بألف كما أمرتنى، وقال الآمر: أمرتك بالشراء بخمسمائة، وقد اشتريتها بألف، فصرت مشتريًا لنفسك، فالقول قول الموكل، ولا يتحالفان، فالأصل فى جنس هذه المسائل أن الوكيل مع الموكل إذا اتفقا على وقوع الشراء للموكل، ثم اختلفا فى مقدار ثمنه، فإنهما يتحالفان، كما لو وقع الاختلاف بين البائع والمشترى، وإذا اختلفا فى وقوع الشراء للموكل، فإنهما لا يتحالفان، ويكون القول قول الموكل مع يمينه كما فى هذه المسألة، فإن الموكل يقول للوكيل: صرت مخالفًا بالشراء بألف لما أمرتك بالشراء بخمسمائة،

فلم يقع الشراء لى، والوكيل يقول: أمرتنى بالشراء بألف، وقد اشتريت كذلك، فوقع الشراء لك، وفى مثل هذا لا يتحالفان.

١٦٢١٦- وفى "المنتقى": الوكيل بشراء عبد بعينه بألف إذا اشترى ذلك العبد، فقال الآمر: اشتريته بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريته بألف، فالقول قول الوكيل، ولو لم يكن أمره بشراء عبد بعينه، فالقول قول الآمر.

قال محمد: وأما نحن فنرى أن يلزم الموكل فى الذى بعينه والذى بغير عينه إذا اشتراه بما يتغابن الناس فيه، وأما البينة فالبينة بينة الوكيل فى ظاهر الرواية، والبينة بينة الموكل فى رواية ابن سماعة عن محمد.

١٦٢١٧- وإذا وكل رجلا بشراء عبد هندى بكذا، فاشترى الوكيل عبداً هنديا كما أمره به، وجاء بالعبد إلى الموكل، فقال الموكل: هذا عبدى وقد كان فلان غصبه منى، وقال الوكيل: هذا عبد فلان، وقد اشتريته لك، فهذا على وجهين: إن كان الثمن مدفوعًا إلى الوكيل لايقبل قول الموكل؛ لأنه يريد استرداد الثمن من الوكيل، وإن لم يكن الثمن مدفوعًا إلى الوكيل، فالقول قوله فى أن لا يكون للوكيل حق الرجوع بالثمن عليه ما لم يقم البينة على ما ادعاه؛ لأن حاصل اختلافهما فى الرجوع على الموكل بالثمن وعدم الرجوع، فالوكيل يقول: هذا عبد فلان، وقد اشتريته لأجلك، وثبت لى حق الرجوع عليك بالثمن، والموكل ينكر ذلك. وإن أقام الوكيل بينة على دعواه، فقد نور دعواه بالحجة، وإن أقام الموكل بينة أن العبد عبده، فبينة الوكيل أولى؛ لأنها تثبت زيادة وهى الرجوع على الموكل بالثمن.

١٦٢١٨- وفى "فتاوى أبى الليث": رجل وكل رجلا أن يشترى له أخاه، فاشترى الوكيل وجاء به، فقال الموكل: هذا ليس بأخى، وقال الوكيل: لا، بل هذا أخوك، فالقول قول الموكل مع اليمين؛ لأنه أنكر لزوم العقد فى هذا العبد المعين، ويلزم العبد للوكيل، ويعتق عليه بإقراره؛ لأن فى زعم الوكيل أن هذا أخو الموكل، وأن شراءه نفذ عليه، وعتق العبد عليه، فصار مقرّا بحريته، وهو فى ملكه، فيعتق عليه.

١٦٢١٩- فى "المنتقى": رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشترى له بها عبدًا، فجاء بعبد، وقال: قد اشتريته من هذا بألف درهم، وقال الآمر: لم تشتره، وقد

أخرجتك من الوكالة، فلا تشتر لى شيئًا، فالقول قول المأمور، وكذلك لو قال: قد اشتريت لك من هذا عبدًا وقبضته، فمات، فهو جائز، ويدفع إليه الألف؛ لأنه أقر له بدين له فى هذا الألف، وقد جعله أمينًا فيها.

ولو قال: قد اشتريت لك بالألف عبدًا من رجل، ولم يسمّه، ولم ينسبه إلى أمر يعرف، وقال له الآمر: لم تشتر لى شيئًا، وقد أخرجتك من الوكالة، فلا تشتر لى شيئًا كان خارجًا من الوكالة، ولا يصدق على أن يقر برجل بعينه بعد هذا.

١٦٢٢٠- وفيه أيضًا قال محمد: امرأة وكلت رجلا أن يزوجها من شاء، فجاء من الغد، وقال: قد زوّجتك من هذا الرجل أمس، وصدقه ذلك الرجل، وقالت المرأة: ما زوّجتنى، ولا تزوجنى من أحد، لا يصدق الوكيل على ذلك. وهذا لأن الوكيل فى باب النكاح كالوكيل بالطلاق المفرد، والرسالة لنقل العبارة من المرسل، فصار الوكيل بهذه التصرفات مأمورًا بنقل عبارة المرسل لا غير، والحكاية ليس من النقل فى شىء.

١٦٢٢١- وذكر فى "كتاب العلل": أن من وكل رجلا بعتق عبده، فقال الوكيل: أعتقه أمس وقد وكله بذلك قبل أمس، لا يصدق الوكيل على ذلك من غير بينة، ولو كان ذلك فى بيع، أو نكاح، أو عقد من العقود يصدق. قال ثمة: ألا ترى أن فى الوكيل بالبيع والنكاح لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده جاز، وفى الطلاق والعتاق لو فعل غير الوكيل ذلك، وأجاز الوكيل لا يجوز.

وأراد بما قال -والله أعلم-: إن الوكيل بالطلاق والعتاق رسول؛ لأن العمل بحقيقة الوكالة فى الطلاق متعذر؛ لأن التوكيل لتفويض الرأى إلى الوكيل، وجعله بمنزلة المالك، وتفويض الرأى إلى الوكيل وجعله بمنزلة المالك إنما يحتاج فيه إلى الرأى، والطلاق المفرد والعتاق المفرد لا يحتاج فيهما إلى الرأى، فتعذر العمل بما يقتضيه حقيقة الوكالة، فجعلناها مجازًا عن الرسالة؛ لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة والرسالة لنقل عبارة المرسل، فصار المأمور مأمورًا لنقل عبارة المرسل لا غير، فالحكاية عن عتق ماضٍ وطلاق ماضٍ ليست من النقل فى شىء، فلا يملك الحكاية. ألا ترى أن غيره لو باشر ذلك العقد، وأجاز المأمور لا يجوز؛ لأنه مأمور بالنقل، والإجازة ليست من النقل فى شىء، وأما فى النكاح والبيع العمل بحقيقة الوكالة ممكن؛ لأن البيع والنكاح مما يحتاج

فيهما إلى الرأى ، فاعتبر المأمور وكيلا ، والوكيل بمنزلة المالك من حيث إن الرأى مفوّض إليه كما هو مفوّض إلى المالك ، والمالك كان يملك مباشرة البيع والنكاح ، ويملك الإخبار عن بيع ماضٍ وعن نكاح ماض ، فكذا الوكيل يملك ذلك ، ألا ترى أن غير الوكيل لو باشر النكاح أو البيع ، فأجاز الوكيل جاز ، فكذا إذا حكى عن نكاح ماضٍ يجوز حكايته ، وفى وكالة "العيون" : على نحو ما ذكرنا فى "كتاب العلل" ، ومسألة "العيون" مذكورة قبيل هذا فى الفصل الثالث عشر ، فالحاصل أن على رواية "المنتقى" : الوكيل بالنكاح سفير ، وعلى رواية "كتاب العلل" و"العيون" : ليس بسفير .

١٦٢٢٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف : فى رجل قال : اشتريت هذا العبد بألف درهم من مال فلان ، فقال فلان : أنا أمرتك بذلك ، وقال المقر : ما أمرتنى ، ولكن غصبتك الألف ، واشتريت بها هذا العبد ، فالقول قول صاحب الألف ، قال : أرأيت لو أودعه قفيز دقيق فخبزه ، فقال : أنا أمرتك بخبزه أما كان القول قوله .

١٦٢٢٣- وفى "المنتقى" عن محمد : رجل أمر رجلا ببيع داره ، فقال المأمور : بعتها بكذا ، وقبضت الثمن وضاع ، ولم يكن الآمر دفع الدار إليه ، وقال الآمر : لم تقبض الثمن ، فالقول قول الآمر ؛ لأن الآمر لم يأمنه على الدار ، لما لم يدفع الدار إليه ، فإن كان دفعها إليه ، فالقول قول المأمور ، وعن أبى يوسف : مثل هذا فى العبد أمر صاحبه رجلا ليبيعه ، ودفع العبد إليه ، فقال المأمور : بعت فلانًا بكذا ، وقبضت الثمن ، وصدّقه فلان ، وكذبه الآمر ، فالوكيل مصدق على ذلك إلا فى تضمين الآمر الثمن بعيب أو استحقاق ، ولو لم يكن صاحب العبد دفع العبد إليه ، وباقى المسألة بحالها ، لم يصدق الوكيل ولم ينفذ البيع فى العبد بعد أن يحلف الآمر على البيع ، وهلاك الثمن على العلم وعلى وصول الثمن إليه على البتات .

١٦٢٢٤- وفى "نوادر هشام" عن محمد : رجل قال لغيره : إن فلانًا قال لى : أقرضتك ألف درهم ، وقد وكلتك بقبضها منه لى ، فقال الوكيل بعد ذلك قبضت وصدقه المقرض ، وكذبهما الموكل فى ذلك ، فالقول قول الموكل .

١٦٢٢٥- قال هشام : سمعت محمدًا يقول : فى رجل له على رجل ألف درهم ، فقال : من له الألف لمن عليه الألف : ادفعها إلى فلان ، ثم قال من له بعد ذلك :

لا تدفعها إليه، فقال من عليه: قد كنت دفعته إليه، وصدقه المدفوع إليه، فهو جائز، والغريم برىء.

١٦٢٢٦- وفى "المنتقى": أمر رجلا أن يبيع عبده ودفع العبد إليه، ثم وجد العبد فى يدى رجل، فقال الوكيل: بعته منه، وصدقه الذى فى يديه، وكذبهما الموكل، فله أن يأخذ العبد ولا يصدق على أن يضمن الوكيل إن هلك بعد ذلك فى يد الرجل.

١٦٢٢٧- وإذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له، فقال الآمر: قد أخرجتك من الوكالة، فقال الوكيل: قد بعته أمس، لم يصدق الوكيل، وقد خرج الوكيل عن الوكالة، قالوا: هذا إذا كان الشىء قائمًا بعينه، فأما إذا كان هالكًا، فالقول قول الوكيل مع يمينه.

والفرق بينما إذا كان ذلك الشىء قائمًا، وبينما إذا لم يكن أنه إذا كان هالكًا، فحاصل اختلافهما فى إيجاب الضمان على الوكيل، لا فى زوال ذلك الشىء عن ملك الموكل وبقاءه على ملكه؛ لأنه بالهلاك زال عن ملكه باتفاقهما، وإنما حاصل اختلافهما فى إيجاب الضمان على الوكيل الموكل، يقول للوكيل: بعت وسلمت بعد ما عزلتك عن الوكالة، فصرت ضامنًا، وأنكر الوكيل ذلك، والضمان كان منتفيًا عن الوكيل فى الأصل، فإنه لو كان أمينًا، فهو ينفى الضمان يتمسك بما هو الثابت فى الأصل، فيجعل القول قوله حتى يثبت غيره، فأما إذا كان الشىء قائمًا، فالملك فيه باقٍ.

حاصل اختلافهما إنما وقع فى زواله عن ملك الموكل وبقاءه على ملكه، فالوكيل يدعى زواله عن ملكه، والموكل يدعى بقاءه على ملكه، فكان الموكل فيما يدعى متمسكًا بما هو الأصل، فيكون القول قوله.

ونظير هذا ما قال محمد فى كتاب الإقرار وغيره: أن الوكيل بالبيع إذا ادعى أنه كان باع قبل[1] موت الموكل، وأنكرت الورثة ذلك، قال: إن كان الشىء قائمًا، فالقول قول الورثة، وإن كان هالكًا، فالقول قول الوكيل، وكما أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل، ينعزل بموته، فكل جواب ذكره فى الموت يكون ذكرًا له ههنا.

١٦٢٢٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل له على رجل ألف درهم،

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف و م: "بعد".

فأمره أن يشترى له بها عبداً، فقال المأمور: قد اشتريت لك عبداً من فلان وقبضته، ودفعت الثمن إليه، ومات العبد فى يدى، فقال الآمر: قد اشتريته، ولكنه مات فى يد البائع، ولم تدفع إليه الثمن، فالقول قول الآمر.

ولو قال المأمور: قد اشتريت لك من فلان عبداً، فلم أقبضه حتى مات عنده، وقال الآمر: قد اشتريته، وقبضته، ومات عندك لم أجز إقرار الآمر على المأمور فى هذا الأمر، وأمرت الآمر بدفع الثمن إلى البائع، وأحلت العهدة عليه.

وفى "المنتقى": قال لغيره: أعتق عبدى على ألف درهم، واقبضها وادفعها إلىّ، أو قال: اخلع امرأتى على ألف درهم، واقبضها وادفعها إلىّ، فقال الوكيل بعد ذلك: قد فعلت ذلك، وقبضت الألف، ودفعتها إلى الآمر، وكذبه الآمر، فإن الوكيل يصدق فى قوله: أعتقت وخالعت، ولا يصدق فى قوله: قبضت الألف، وإن قال بعد إثبات العتق والخلع قبضت، ودفعت إليك، فإنى أصدقه.

الفصل التاسع عشر
فى الشهادة على الوكالة

١٦٢٢٩- يقبل فى الوكالة من الشهادة ما يقبل فى سائر الحقوق؛ لأنها من حقوق الناس، ولو اختلفا فيها فى الزمان والمكان لا يضر؛ لأنها قول، وإن شهد أحدهما بالوكالة والآخر بالوكالة والعزل قبل على الوكالة، لاتفاقهما عليها، ولم يثبت العزل لانفراد أحدهما به، وروى عن أبى يوسف: أنه لا يقضى بالوكالة؛ لأن الذى شهد بالعزل لا يشهد بالوكالة بالحال، والحاجة إلى ذلك، وعلى هذا إذا شهد شاهدان على البيع، ثم قال أحدهما: قد كانا أقالا البيع، يثبت البيع ولا تثبت الإقالة، وعلى هذا إذا شهد شاهدان على الدين، ثم قال أحدهما: قد كان قضى الدين، يثبت الدين بهذه الشهادة، ولا يثبت القضاء. وعن أبى يوسف: أنه لا يثبت البيع، ولا الدين بهذه الشهادة.

ولو شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة فى هذه الدار، وشهد الآخر بالخصومة فيها، وفى شىء آخر، قبلت على الدار؛ لاتفاقهما عليها، ولا يقبل على الآخر، لانفراد أحدهما به، ولو شهدا بتوكيله، فقال: لا أدرى، هل وكلنى، لكن أخبرنى الشهود وأنا أطلبه، جاز، وإن شهدا بوكالته، والوكيل يجحد، فإن كان وكيل الطالب لا يقبل الشهادة؛ لأن المشهود له كذب الشهود؛ لأن حق الخصومة لوكيل الطالب لكونه قائمًا مقام الطالب، وتكذيب المشهود له الشهود مانع[1] قبول الشهادة، وإن كان وكيل المطلوب، وشهدوا أنه قبل الوكالة قضى بها؛ لأنه قام مقام المطلوب، وتكذيب المشهود عليه الشهود لا يمنع قبول الشهادة، وهل يجبر على الخصومة مع الطالب، فإن شهد الشهود أن المطلوب قد وكله وهو قبل الوكالة يجبر، وإن لم يشهدوا بالقبول، فإن شاء قبل وإن شاء رد؛ لأنه لم يلزمه.

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "وتكذيب الشهود له عليه الشهود لا يمنع قبول الشهادة".

١٦٢٣٠- ولا تجوز شهادة ذميين على توكيل المسلم مسلمًا أو ذميًا فى قبض دينه من مسلم أو ذمى لقيامها على المسلم، فإن كان الطالب والمطلوب ذميين جازت؛ لأنها على الذمة، فإن كان المطلوب مسلمًا، فإن أنكر الوكالة والدين جميعًا، أو الوكالة وحدها، لم تقبل لقيامها على المسلم.

١٦٢٣١- طالب ذمى، شهد مسلمان أنه وكل هذا المسلم بقبض دينه الذى على هذا، والمطلوب مقر بالدين، وشهد ذميّان أنه عزله، ووكل هذا الآخر، لم يجز على الوكيل؛ لأنه مسلم، وشهادة الكافر على المسلم لا تقبل، وإن كان ذميًا، قبلت.

١٦٢٣٢- وإن كان المطلوب غائبًا، فادعى الطالب فى داره حقًا، وجاء بابنى المطلوب، فشهدا أن المطلوب وكل هذا بالخصومة فى هذه الدار، والوكيل يجحد أو الطالب، بطل؛ لأنهما شهدا لأبيهما من وجه لإثبات نائب عنه يعمل له، والمطلوب إذا دفع المال إلى إنسان، وادعى أنه وكيل الطالب بقبضه، ثم قدم الطالب فجحد، وشهد للمطلوب ابنا الطالب بالوكالة جازت؛ لأنهما شهدا على أبيهما، ولو كان وكيل الطالب يدعى الوكالة، والمطلوب يجحد، فشهد ابنا الطالب بالوكالة لم يقبل؛ لأنهما شهدا لأبيهما سواء كانت الوكالة بالخصومة، أو بقبض الدين أو بقبض العين، فإن أقر المطلوب بالوكالة فى الدين، يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل لإقراره على نفسه، ولو كان بالخصومة لم يجز إقراره، لاحتمال أنهما توفقا؛ ليقر الوكيل أنه لا حق له، فينفذ على الموكل، فيبطل حقه، ويتضرر به.

وإن كان هذا فى قبض العين، فعن محمد: أنه يصح، ويؤمر بتسليمه إليه؛ لأنه أقر بما فى يده، فصح فى الحال، وقد ذكرنا هذه المسائل فيما تقدم، وإن حضر الغائب، وأنكر يؤمر برده عليه، ولا ينفذ إقراره عليه، كالمقر بشراء الدار من فلان الغائب إذا طلبه الشفيع بالتسليم يؤمر بتسليمه إليه، وإن حضر الغائب، وأنكر البيع استرده.

وفى ظاهر الرواية: لا يصح إقراره، ولا يؤمر بتسليم العين؛ لأنه إقرار على غيره بخلاف مسألة الشفيع، فإن المشترى يدعى الملك لنفسه، فيؤمر بتسليمه، وهذا لا يدعيه لنفسه، وعلى هذا لو ادعى أنه وكيل الطالب الذمى بقبض العين من يد المسلم، وشهد ذميّان بالوكالة لم يقبل، وإن أقر المسلم بالوكالة لم يصح إقراره، وفى الدين يصح.

١٦٢٣٣- ولو شهد أحدهما أنه وكيله بقبض الدين، وشهد الآخر أنه أمره بقبضه، أو أرسله ليقبضه وهو مقر بالدين، فله أخذه لاتفاقهما أن له حق القبض، وليس له أن يخاصمه إذا أنكر الدين على اختلاف المذهبين، أما عندنا: فلأن الوكيل بالقبض ليس له الخصومة، وأما عنده: فلأن الشاهد على الوكالة واحد، فلم يثبت الوكالة، بل يثبت له حق القبض فحسب؛ لأن الرسول له ذلك لا غير، والوكيل له ذلك والخصومة أيضًا، فيثبت ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما.

١٦٢٣٤- ولو وكّله بتقاضي دين، ثم غاب، فشهد ابنا الطالب أن أباهما عزله، وادعى المطلوب شهادتهما، جاز؛ لأن الشهادة قامت على أبيهما، فإن لم يدع المطلوب شهادتهما أجبر على دفع المال إليه لإقراره بالوكالة بقبض الدين، وإن شهد بالعزل ابنا الطالب لم تقبل؛ لأنها قامت لأبيهما في حق التضمين.

ولو شهد أبناء الطالب قبل قدوم أبيهما أن أباهما وكل هذا به، وعزل الأول، فإن جحد المطلوب ذلك، لم يقبل لا على عزله هذا، ولا على وكالة هذا؛ لأنهما شهدا لأبيهما بتوكيل هذا، فلا تقبل، وشهدا على عزل هذا، ولا مدع له، فلا تقبل، وبقي الأول وكيلا، فيؤمر بدفع المال إليه، وإن أقر المطلوب بذلك ثبت العزل بشهادتهما على أبيهما لوجود المدعى، ويدفع المال إلى الثانى بإقرار المطلوب لا بشهادتهما؛ لأنها لأبيهما.

١٦٢٣٥- ولو شهد ابنا الوكيل أن الطالب عزل أباهما، ووكل هذا الآخر بقبضه، جاز؛ لأنهما شهدا على أبيهما، وشهدا للآخر، فإن كان الشاهدان ابنى الوكيل الثانى، لم يقبل على وكالة أبيهما؛ لأنهما شهدا له، وتقبل على عزل الآخر؛ لأنهما شهدا على أجنبى.

١٦٢٣٦- وإذا شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة فى الدين، والآخر أنه وكله بقبضه، جاز، وصار وكيلا بهما عند أبى حنيفة؛ لأن التوكيل بأحدهما توكيل بهما، وقالا: صار وكيلا بالقبض وحده؛ لأن عندهما التوكيل بالخصومة توكيل بالقبض، والتوكيل بالقبض ليس بتوكيل بالخصومة، فصار كأنهما شهدا على حق القبض جميعًا، وتفرد أحدهما بالشهادة على حق الخصومة، وعلى قياس قول زفر: لا يثبت شىء؛

لانفراد كل واحد منهما بأمره.

١٦٢٣٧- ولو شهد أحدهما أنه وكله بقبض دينه على فلان، وشهد آخر أنه أمره بأخذه، أو أرسله، فهو سواء، وله أن يقبض الدين، ولكن لا يثبت وكالته بهذه الشهادة، فإن جحد المطلوب الدين، لم يكن هذا الشخص خصمًا له فى إثبات بلا خلاف، فالأصل عند أبى حنيفة أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة، والمأمور بقبض الدين لا يملك الخصومة، والرسول أيضًا لا يملك. إذا ثبت هذا، فنقول: هذا الشخص إما أن يعتبر وكيلا أو مأمورًا، أو رسولا، وأى ذلك ما اعتبرنا لا يكون خصمًا عندهما، وعند أبى حنيفة حق الخصومة للوكيل دون المأمور والرسول، ولم تثبت وكالته ههنا؛ لأن الشاهد على الوكالة فرد.

١٦٢٣٨- ولو شهد أحدهما أنه وكله ببيع هذا العبد مطلقًا، والآخر أنه وكله بالبيع، وقال: لا تبع حتى تستأمرنى، فباع الوكيل جاز، لاتفاقهما على الوكالة بالبيع، وانفراد أحدهما باشتراط الاستئمار، وعلى قول أبى يوسف: ليس له أن يبيع حتى يستأمر على قياس ما مر فى مسألة شهادتهما على التوكيل، وانفراد أحدهما بالشهادة على العزل.

١٦٢٣٩- ولو قال أحدهما: وكل هذا ببيعه، والآخر قال: وكل هذا وهذا ببيعه لم يكن لهما، ولا لأحدهما بيعه؛ لأن أحدهما شهد أنه رضى برأى هذا وحده، والآخر شهد أنه ما رضى إلا برأيهما، فلا يثبت أحدهما، وكذا هذا فى قبض العين لهذا، فلو كان هذا فى الخصومة، فللذى اتفقا عليه أن يخاصم؛ لأن التوكيل بخصومة اثنين توكيل بخصومة كل واحد منهما، فإذا اتفقا على أحدهما، كان له ذلك، لكن لا يقبض هذا وحده إذا قضى له به.

١٦٢٤٠- ولو شهد أحدهما أنه قال له: أنت وكيلى فى قبضه، وشهد الآخر أنه قال له: أنت حرىّ فى قبضه، قضى به، وكذا هذا فى الخصومة؛ لأنهما سواء لغة، ولو قال: أحدهما وكيل، والآخر وصى، لم يقبل لاختلافهما؛ لأن الوصى يلى ذلك بعد الموت إلا أن يقول: وصى فى حياتى، فيصير كذكر الوكيل معنى. ولو قال أحدهما: وكله بالخصومة إلى قاضى بلد كذا، وقال الآخر: قاضى بلد آخر صح؛ لأن تعيين

القاضى غير مفيد، فإن الوكيل بالخصومة إلى قاضٍ معين له أن يخاصم إلى غيره؛ لأن القضاء بالحق لا يختلف، ولو كان هذا فى فقيهين للتحكيم، لم يقبل، وكذا لو ذكر أحدهما قاضٍ كذا، وذكر الآخر فقيهًا للتحكيم، وإن شهد أحدهما بتوكيله بطلاق فلانة، والآخر بطلاق فلانة وفلانة ثبت فى حق الأولى لاتفاقهما عليها، وكذا فى البيع والكتابة والعتق، ولو قال: أحدهما وكله بقبضه، وقال الآخر: سلطه على قبضه، فهما سواء فى المعنى، فلا يثبت اختلاف اللفظ.

١٦٢٤١- ولو شهدا بوكالة إنسان وقضى به، ثم رجعا لم يبطل القضاء بالوكالة، ولم يضمنا؛ لأنهما ما أتلفا شيئًا متقومًا، فكذا لو رجعا بعد ما قبض الوكيل الدين؛ لأن القبض ليس بالشهادة، بل بالتوكيل. وإذا أنكر المطلوب وكالة وكيل الطالب فى خصومة الدار، فشهد ابنا المطلوب، قبلت لأنها على أبيهما.

الفصل العشرون
فى الوكالة الموقوفة

١٦٢٤٢- ابن سماعة عن محمد: رجل قال لمديون رجل: ادفع إلى ما لفلان عليك، لعل هو يجيز قبضى، وما وكلنى بقبضه، فدفع إليه، ثم أجازه الذى له المال ذلك، فإن كان المال قائمًا فى يد القابض، عمل إجازته، ومالا فلا، وإذا كان المال قائمًا فى يد القابض، فقال صاحب الدين: أجزت قبضه، وقال المطلوب: لا أجيز ذلك، وأمر القابض أن لا يدفع المال إلى الطالب، ليس له ذلك والقبض جائز.

١٦٢٤٣- رجل جاء إلى مديون رجل، وقال: أقضنى ما لفلان عليك، فإنه سيجيز قبضى، وما وكلنى بقبضه، فدفع الغريم ما لفلان عليه مع علمه أنه ليس بوكيل، فالمال فى يد القابض بمنزلة الوديعة من الدافع إن أراد أن يقبضه منه قبل أن يقدم الغائب، فله ذلك، وإن ضاع من يد القابض، فهو من مال الدافع، ولا ضمان على القابض، فإن قدم الطالب قبل أن يضيع المال، وأجاز قبض المال، فالمال ساعة أجاز الطالب القبض يصير للطالب إن كان ضاع بعد الإجازة كان من الطالب، ولا يحتاج القابض إلى أن يجدد القبض للطالب بعد الإجازة، وصار كأنه وكيلا يوم قبض المال للطالب، وهو نظير ما لو باع رجل عبد غيره بغير أمر صاحب العبد، وقال للمشترى: اشتر منى عبد فلان بكذا، وإنه لم يوكلنى، لكن أرجو أن يجيز ذلك، فاشتراه المشترى على ذلك، ودفع الثمن، فقبضه البائع، ووضعه عنده، ثم أجاز مولى العبد البيع، فهو جائز، ويصير الثمن لمولى العبد ساعة، أجاز البيع.

ولو ضاع الثمن من يد البائع قبل أن يجيز مولاه البيع، فلا ضمان فيه على البائع للمشترى؛ لأن الثمن كان عنده بمنزلة الوديعة للمشترى، فإن أجاز مولاه البيع بعد ذلك، لم يجز، ولا يكون له أن يرجع على المشترى بالثمن، ولا أن يضمن البائع.

١٦٢٤٤- رجل له فى يدى رجل ألف درهم وديعة، فقال: قد أمرت فلانًا أن يقبض الألف التى لى عند فلان، فلم يبلغ ذلك المأمور بالقبض حتى قبض الألف،

وضاعت، فلرب المال أن يضمن الدافع إن شاء، وإن شاء ضمّن القابض؛ لأن الوكيل لا يصير وكيلا قبل العلم، فقد حصل الدفع إلى من ليس له حق القبض، ولو علم الدافع بالتوكيل فدفع، والقابض لا يعلم بالوكالة، فهو جائز، ولا ضمان على واحد منهما؛ لأن المستودع كان له أن يدفع، ولو لم يعلم واحد منهما، فقال الوكيل: ادفعها إليّ، ادفعها إلى فلان، أو قال: ادفعها إلي يكون عندي لفلان فضاعت، فلرب المال أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المستودع لم يرجع على القابض بشيء، ولو كان القابض قال: ادفعها إليّ، فإني وكيل فلان، فدفعها إليه على ذلك، وضمن رب المال المستودع، رجع بها على القابض.

الفصل الحادى والعشرون
فى التوكيل للمجهول

١٦٢٤٥- قال محمد : إذا كان للرجل عدل زُطّى ، قال لرجلين : أيكما باعه ، فهو جائز ، فأيهما باع ، جاز ، وكذلك إذا قال : إن باع أحد هذين الرجلين ، فهو جائز ، فأيهما باعه كان جائزًا ، فقد جوّز هذا التوكيل مع أن الوكيل مجهول ، وهو أحدهما لا بعينه ؛ لأن مثل هذه الجهالة لايمنع جواز البيع مع ضيق حال البيع حتى إن من قال لغيره : بعت منك أحد هذين الثوبين على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت وترد الآخر كان جائزًا ، فلان يمنع جواز الوكالة مع سعة حالها كان أولى إلا أن فرق ما بين البيع والوكالة ان البيع ، لا يجوز مع هذه الجهالة من غير خيار ، والوكالة تجوز من غير خيار ؛ لأن الوكالة أوسع جوازًا من البيع ، ألا ترى أن جهالة الصفة لا يمنع جواز الوكالة ، ويمنع جواز البيع ، فلسعة حال الوكالة جوّزناها مع هذه الجهالة من غير خيار ، ولضيق حال البيع لم نجوّزه مع هذه الجهالة إلا بشرط الخيار .

١٦٢٤٦- ولو قال : قد وكلت هذا أو هذا ببيع هذا ، فباع أحدهما ، فالقياس أن لا يجوز ، وفى الاستحسان : يجوز ، وجه القياس أن "أو" يذكر بمعنى الواو قال الله تعالى : ﴿وَلا يُبدِينَ زِينَتَهُنّ إلا لِبُعُولَتِهِنّ أو آبَائِهِنّ﴾[1] ، والمراد منه الواو ، فههنا إن كان المراد هو الواو ، صارا وكيلين بالبيع ، فلا يجوز بيع أحدهما على ما يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وإن كان المراد معناه الحقيقى ، فيجوز بيع أحدهما ، فلا يجوز بيع أحدهما بالشك بخلاف ما لو قال : وكلت أحدهما ببيع هذا الشىء ، أو قال : أيكما باع هذا الشىء ، فإنه يجوز ، ولم يذكر فيه القياس والاستحسان ؛ لأن التوكيل فى قوله : أيكما أو أحدكما ، حصل لأحدهما بيقين ، فيجوز بيع أحدهما ، ولم يثبت بيقين[2] ذكر

---

(١) سورة النور : ٣١ .

(٢) هكذا فى جميع النسخ ، وكان فى تصحيح : "ظا" ولم يثبت بيقين ، ذكر فيه : "أو" فذكر فيه القياس . . . إلخ" .

فيه أو فذكر فيه القياس والاستحسان، وفيما إذا قال: وكلتك ببيع هذا العبد، أو هذا العبد، فباع أحدهما لم يذكر فيه القياس والاستحسان؛ لأنه إن أراد به أحدهما، فبيع أحدهما جائز، وإن أراد بيعهما، فبيع أحدهما جائز عند بعض العلماء، فكان الرجحان لجانب الجواز.

وجه الاستحسان: أن كلمة "أو" إذا دخلت بين شيئين فى الإثبات، يُراد بهما أحدهما فى الغالب، وإن يُراد به كلاهما ليس بغالب، ومطلق الكلام ينصرف إلى الغالب، فكان هذا توكيلا لأحدهما.

الفصل الثاني والعشرون
توكيل الرجلين إذا فعل أحدهما ما وكله به

١٦٢٤٧- وإذا وكل رجلين بالخصومة فى دين ادّعاه، ويقبضه، فلأحدهما أن يخاصم دون صاحبه، ولا يقبضان إلا معًا، وقد مرت المسألة من قبل.

١٦٢٤٨- وإذا وكل رجلين يبيعان عبدًا له أو دارًا أو دابة أو شيئًا من الأشياء، فباع أحدهما دون صاحبه لا يجوز؛ لأن البيع تصرف يحتاج فيه إلى الرأى، والموكل لما رضى برأيهما، فلا يكون راضيًا برأى واحد منهما، كان قضية ما قلنا فى الوكيلين بالخصومة: أن لا يتفرد أحدهما بالخصومة؛ لأن الخصومة أمر يحتاج فيها إلى الرأى، إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر؛ لأنه يلتبس على القاضى، ويصير شغبًا[1] فأما اجتماعهما على البيع غير متعذر، وكذلك إذا وكل رجلين يشتريان له دارًا، فاشترى أحدهما دون صاحبه لم يجز، وكذلك إن سمّى لهما الثمن بالبيع والشراء لم يكن لأحدهما أن يتفرد بذلك؛ لأن تسمية الثمن إن كان يحجز الوكيل بالبيع عن النقصان لا يحجره عن الزيادة، وفى حق الوكيل بالشراء تسمية الثمن إن كان يحجر الوكيل عن الزيادة لا يحجره عن النقصان، ولو اجتمعا على الشراء ربما يمكنهما النقصان، وكذلك لو اجتمعا على البيع ربما يمكنهما الزيادة.

١٦٢٤٩- ولو وكّل رجلين بطلاق امرأته، فطلق أحدهما، وأبى الآخر أن يطلق، فهو جائز؛ لأن الإيقاع المفرد لا يحتاج فيه إلى الرأى، وكذلك إذا وكل رجلين بإعتاق عبده، فأعتق أحدهما، وأبى الآخر، فهو جائز.

وفى "الجامع الأصغر": إذا وكّل وكيلين بالطلاق، وقال: لا يطلقن أحدكما دون صاحبه، فطلق أحدهما، ثم طلق الآخر، أو طلق أحدهما، وأجاز الآخر لم يجز، وكذلك الوكيلان بالعتق، ولو قال لهما: طلقاها جميعًا ثلاثًا، فطلقها أحدهما واحدة، ثم طلقها الآخر تطليقتين، لم يقع شىء حتى يجتمعا على ثلاث تطليقات.

(١) الشغب: تهييج الشرّ وإثارة الفتن والاضطراب.

١٦٢٥٠- ولو وكل رجلين بالخلع، فخلع أحدهما لم يجز؛ لأن الخلع أمر يحتاج فيه إلى الرأى، وهو إنما رضى برأيهما، وإن سمّى لهما البدل، فكذلك لما قلنا فى البيع والشراء، وصار الأصل فى جنس هذه المسائل أن كل تصرف يحتاج فيه إلى الرأى، فإذا وكل به رجلين، ففعل ذلك أحدهما دون الآخر، لا يجوز، وكل تصرف لا يحتاج فيه إلى الرأى، فإذا وكل به رجلين، ففعل أحدهما دون الآخر، جاز، ولو جعل أمر امرأته بيد رجلين لاينفرد أحدهما به، وإذا وكل الرجل رجلين ببيع أو شراء، فباع أحدهما، أو اشترى أحدهما، والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيزه الآخر.

١٦٢٥١- وفى "المنتقى": وكل رجلين ببيع عبد له، فباع أحدهما، والآخر حاضر، فأجاز بيعه، وإن كان غائبًا عنه، فأجاز لم يجز فى قول أبى حنيفة. قال الحاكم أبو الفضل هذا خلاف ما ذكر فى "الأصل"، وقال أبو يوسف: ذلك جائز، وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل وكل رجلين بخصومة رجل فى دار ادعاها، وقبضها منه، فخاصماه فيها، ثم مات أحد الوكيلين، قال: أقبل من الحى البينة على الدار، وأقضى بها للموكل، ولا أقضى بدفع الدار إليه، ولكن جعلت للوكيل الميت وكيلا مع هذا الحى، ودفعت الدار إليهما، وكذلك لو كان الوكيل واحدًا، وأقام البينة على الدار، وقضيت بالدار للموكل، فمات هذا الوكيل قبل أن دفعها إليه، فإنى أجعل له وكيلا، وآمر المقضى عليه بدفع الدار إليه، ولا أتركها فى يد الغاصب الذى قضيت عليه.

١٦٢٥٢- قال محمد فى "الأصل": وإذا وكل رجلين بقبض وديعة له، فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنًا له؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما على القبض ممكن، وللموكل فيه فائدة؛ لأن حفظ اثنين أنفع من حفظ واحد، فإذا قبض أحدهما صار قابضًا بغير إذن صاحبه، فيصير ضامنًا.

فإن قيل: ينبغى أن يصير ضامنًا للنصف؛ لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف.

قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، فأما حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شىء منه. هذا إذا قبض أحدهما بغير إذن صاحبه، وأما إذا قبض بأمر صاحبه فإنه لا يضمن لأن له أن يودع الكل عند صاحبه بعد القبض، فكان له

أن يأمر صاحبه بالقبض؛ لأنه ليس فى أمر صاحبه بالقبض إلا إيداع الكل من صاحبه، وله ذلك.

١٦٢٥٣- وإذا وكل رجلين أن يدفعا إلى رجل بضاعة ألف درهم، ودفع الألف إليهما، فدفعها أحدهما دون الآخر، القياس أن يضمن، وفى الاستحسان: لا يضمن؛ لأن أحدهما يدفع كل الألف بغير إذن صاحبه، وإن صار غاصبًا للنصف إلا أن الغاصب يبرأ عن الضمان متى دفع المال إلى من كان مأمورًا بقبض ذلك المال من جهة المالك، كما يبرأ بالرد إلى صاحب المال، ألا ترى أن الغاصب يبرأ برد المغصوب إلى وكيل المغصوب منه بالقبض، وههنا وصل المال إلى من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك مقتضى أمر المالك إياهما بدفع المال إليه.

ولو وكل رجلا أن يدفعها إلى فلان الذى سمّاه المالك، ودفع المال إليه، فدفعها الوكيل، فالقياس أن يضمنا، وفى الاستحسان: لا ضمان عليهما؛ لأن المال قد وصل إلى من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك.

الفصل الثالث والعشرون
فى الوكالة يعطى صاحبها على التصديق والتكذيب
أو من غير تصديق وتكذيب

مسائل هذا الفصل أقسام أربعة:

١٦٢٥٤- القسم الأول : رجل عليه دين لرجل غائب جاء رجل، وقال : إن الغائب وكلنى بقبض ماله عليك، فهذه المسألة على وجوه ثلاثة : إما أن صدقه الغريم فى دعوى الوكالة، أو كذبه فيه، أو سكت لم يصدقه ولم يكذبه، فإن صدقه يؤمر بتسليم المال إليه.

فرق بين هذا وبين الوكيل بقبض الوديعة إذا أقر المودع بوكالته، فإنه لا يؤمر بتسليم الوديعة إليه. والفرق قد مر، وإن كذبه فى دعوى الوكالة لا يؤمر بالتسليم إليه، وكذلك إذا سكت لا يؤمر بالتسليم، وقد ذكرنا هذه المسائل فيما تقدم، فلو أنه دفع المال إلى مدعى الوكالة، ثم أراد أن يسترده منه ليس له ذلك، سواء دفع إليه مع تصديقه إياه فى دعوى الوكالة أو مع تكذيبه إياه فى ذلك، أو مع سكوته، أما مع تصديقه فظاهر؛ لأنه لما صدقه، فقد أقر بصحة قبضه وبصيرورة المقبوض ملكًا للغائب، فلا يكون له ولاية الاسترداد، وأما إذا كذبه فلأنه إنما دفعه بناء على دعواه الوكالة، فتعلق بالمدفوع[1] حق الغائب، وهو حق أن يجيزه، ويأخذه من يديه، فلا يملك إبطاله بالاسترداد، ولأنه يحتمل أنه صادق فى دعوى الوكالة، وعلى تقدير أنه صادق لا يكون للدافع حق الاسترداد، فلا يكون له حق الاسترداد مع الاحتمال، وأما إذا سكت فلأن السكون يحتمل التصديق والتكذيب، وعلى كلا الاحتمالين ليس له حق الاسترداد.

فإن حضر الطالب إن صدق الوكيل فى دعوى الوكالة، فالأمر ماضٍ فى الوجوه كلها، وبرئ الغريم؛ لأن التصديق استند إلى وقت الدعوى، فيظهر أنه كان وكيلا،

---

(١) من قوله : "فتعلق بالمدفوع. . ." إلى قوله : "إنه صادق فى دعوى الوكالة" ساقط من الأصل، وأثبتناه من "ظ".

وقبض الوكيل قبض الموكل، ولو قبض الموكل أليس أنه يبرأ الغريم عن الدين، فههنا كذلك، والمقبوض في يد الوكيل أمانة لو هلك لا ضمان عليه للطالب؛ لأن قبضه للطالب بإذنه.

فإن جحد الطالب التوكيل، كان له أن يضمن الغريم؛ لأن الوكالة لم يثبت لما جحد الطالب الوكالة، فلم يصر قبضه قبض الطالب، فبقى الدين فى ذمة الغريم كما كان، فللطالب أن يضمن الغريم، وليس للطالب أن يرجع على الوكيل بما أخذ؛ لأن فى يد الوكيل ملك الغريم لا ملك الطالب.

ثم إذا ضمن الطالب الغريم، فأراد الغريم أن يرجع على الوكيل بما دفعه إليه، إن كان قائمًا فى يده، كان له ذلك فى الوجوه كلها؛ لأن الغريم إنما دفع المال إلى الوكيل؛ ليستفيد به براءة ذمته عن دين الطالب، والبراءة مرة يكون بالتوكيل، ومرة يكون بالإجازة إذا لم يسبق التوكيل، فإذا رجع الطالب عليه بحقه تبين أنه ما استفاد البراءة، وهو ما رضى بالدفع إلا بهذا الشرط، فبدونه يكون قابضًا بغير رضاه، فكان له حق الاسترداد.

وإن هلك المدفوع فى يد الوكيل، أو دفعه إلى الطالب، ولا يعلم ذلك إلا بقوله: فأراد الغريم تضمين الوكيل، فهذا على أربعة أوجه: إما أن صدق الغريم الوكيل فى دعوى الوكالة ولم يضمنه، أو صدقه وضمنه أو كذبه، أو سكت، فإن صدقه، ولم يضمنه لم يكن له حق تضمينه؛ لأنه لما أقر أنه وكيل، فقد زعم صحة قبضه، واستفادة براءته بقبضه، وأن الطالب أخذ المال منه ثانيًا بطريق الظلم، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره، وإن كذبه وأعطاه كان له أن يضمنه؛ لأن فى زعم الغريم أنه ليس بوكيل، وأنه أعطاه رجاء أن يجيز الطالب قبضه، فيحصل له البراءة، فكان له حق تضمينه، وكذلك إذا سكت؛ لأن السكوت يحتمل التصديق والتكذيب، وقد عرف كون المقبوض حقًا له، فلا يبطل حقه عن المقبوض بالشك.

وكذلك إذا صدقه، وضمنه كان له أن يضمنه، ومعنى التضمين ههنا أن يقول الغريم للوكيل: أنت وكيل، ولكن لا آمنُ أن يحضر الطالب، ويجحد الوكالة، ويضمنني ظلمًا، وما تأخذ منى يصير دينًا لى عليه باتفاق بينى وبينك، فهل أنت كفيل

لى بذلك؟ فإذا أجابه إليه صح، وصار كفيلا؛ لأن هذه كفالة مضافة إلى سبب الوجوب، فيصح كالرجل يقول لغيره: ما ذاب لك على فلان، فأنا به كفيل، إلا أنه ليس للغريم أن يضمن الوكيل هنا ما لم يضمن الطالب الغريم.

والفرق: أن فى فصل السكوت والتكذيب إنما كان للغريم حق تضمين الوكيل لبطلان القبض الموقوف على إجازة الطالب، وعدم حصول البراءة للغريم، وذلك حاصل قبل تضمين الطالب الغريم، فلا يتوقف حق تضمين الغريم الوكيل على تضمين الطالب إياه، وههنا حق تضمين الغريم الوكيل بحكم الكفالة، والكفالة مضافة إلى تضمين الطالب الغريم، وصيرورة المأخوذ دينًا فى ذمة الطالب للغريم، فما لم يوجد تضمين الطالب الغريم، لا ينزل الكفالة، فلا يكون للغريم حق مطالبة الوكيل، وإن ادعى الوكيل فى هذا الوجه إن المقبوض هلك عنده، أو ادعى دفعه إلى الموكل، ولم يعرف ذلك إلا بقوله، أو كان ذلك معروفًا إذا أقر الغريم لا يبطل الضمان من الوكيل؛ لأن تضمين الغريم الوكيل فى هذا الوجه بحكم الكفالة، وشىء من هذه الأشياء لا ينافى ضمان الكفالة، أما قبل حضور الغائب إذا هلك المال فى يد الوكيل أو ادعى الهلاك أو الدفع إلى الموكل، فأراد الغريم أن يأخذ المال منه ليس له ذلك لما قلنا.

١٦٢٥٥- ولو أن الوكيل حين حضر كذبه الغريم فى دعوى الوكالة، أو سكت ودفع المال إليه، ثم حضر الطالب، وجحد الوكالة وأراد تضمين الغريم، فأراد الغريم أن يحلف الطالب بالله ما وكلته بالقبض، فالقاضى يقول للغريم: أتصدق الوكيل فى دعوى الوكالة أو لا؟ فإن قال: لاأصدقه لا يحلفه القاضى، وإن قال: أصدقه يحلفه القاضى، وهذا لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، وإلى الآن لم يوجد من الغريم دعوى الوكالة؛ لأنه جاحد، أو ساكت، فلو حلفناه قبل تصديق الغريم إياه فى دعوى الوكالة، حلفناه بدون الدعوى، وإنه لا يجوز، ومعنى آخر ما أشار إليه فى الكتاب، وهو أن الموكل لو كانت عليه يمين المديون من غير أن يدعى الوكالة لكان عليه فى شىء واحد يمينان، بيانه: أن الموكل إذا حلف ورجع بالمال على المديون، فالمديون يرجع بالمال على الوكيل، ثم يجىء الوكيل إلى الموكل، فيستحلفه بالله ما وكلتنى؛ لأنه يقول له: عملت لك عملا، ولحقنى الضمان بسببه، فلى أن أرجع عليك، والموكل لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، ولا يجوز أن يكون على الإنسان يمينان فى شىء واحد، فلهذا لا يحلفه

بدون تصديق الغريم الوكيل فى دعوى الوكالة، فإذا صدقه الآن وجد منه دعوى الوكالة وانعدام المعنى الثانى، وهو توجه اليمين على الموكل مرتين، فإن فى هذه الصورة إذا حلفنا الموكل وحلف، وضمن الغريم لا يكون للغريم تضمين الوكيل؛ لأن الغريم لما صدق الوكيل فى دعوى الوكالة، فقد أقر أن قبضه حصل بقبض بحق، وأنه استفاد البراءة، وأن الموكل ظلمه بتضمينه ثانيًا على ما ذكرنا، وإذا لم يكن للغريم حق تضمين الوكيل، لايكون للوكيل حق تحليف الموكل، فلهذا كان للغريم تحليف الموكل.

فإن قيل: كيف يتوجه اليمين على الموكل بدعوى الغريم الوكالة؟ وقد سبق منه جحود الوكالة، فيصير بدعوى الوكالة بعد ذلك متناقضًا، والتناقض يمنع صحة الدعوى، ولا يمين إلا بعد صحة الدعوى.

قلنا: هذا الإشكال لا يتأتى فيما إذا سكت الغريم، ولم يصدقه فى دعوى الوكالة، ولم يكذبه؛ لأن السكوت يحتمل التصديق والتكذيب، فلا يثبت التناقض بالشك، وفيما إذا جحد الوكالة، فوجه الجواب عنه يحتمل أنه إنما جحد الوكالة فى الابتداء؛ لأنه لم يعلم بها، فإذا علم، ادعى وهذا لأن الوكالة طريقها طريق الخفاء، فإن الوكيل والموكل ينفردان بها لايشترط لصحتها علم الغريم، وفيما كان طريقه طريق الخفاء، فالتناقض ليس بمانع على ما عرف.

ثم إذا حلفنا الموكل إن نكل صار مقرًا بالوكالة، وثبت براءة الغريم عن دين الطالب، فلايكون للطالب بعد ذلك على الغريم سبيل، وإن حلف لم يثبت الوكالة، ولم تثبت براءة الغريم، فكان له أن يضمن الغريم، ثم لا يكون للغريم حق تضمين الوكيل لما ذكرنا.

فإن قال الغريم للقاضى حين قال له القاضى: أتصدق الوكيل فى دعوى الوكالة أم لا؟ إنى أدعى الوكالة؛ لأنى لو ادعيت الوكالة، وحلفت الموكل ربما يحلف، ويبطل حقى فى تضمين الوكيل بما ذكرنا، فالقاضى لا يجبره على ذلك؛ لأنه يتحرز به عن الضرر، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر، ولكن يقول له: إذا كنت لا تدعى الوكالة لا أمكنك من تحليف الموكل لما مر من الوجهين، وإذا لم يكن للغريم تحليف الموكل فى هذه الصورة، ودفع المال إلى الموكل، كان للغريم أن يرجع على الوكيل، فإذا رجع وقد

كان المال هلك عند الوكيل، فأراد الوكيل يمين الغريم بالله ما تعلم أن صاحب المال وكلني، كان له ذلك؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، وإنما يستحلف على العلم؛ لأن هذا استحلاف على فعل الغير، فيكون على العلم على ما عرف، فإن نكل صار مقرّا بالوكالة، فبرئ الوكيل، وإن حلف لم يثبت الوكالة، فيضمن الوكيل، فإن أراد الوكيل بعد ذلك أن يحلف الموكل بالله ما وكلتني بالقبض، فله ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، وله فيه فائدة، فإن الطالب ربما ينكل، فيسترد الوكيل من الغريم ما أخذ منه الغريم، فإن حلف الموكل، لا شيء للوكيل، وإن نكل صار مقرّا بوكالته، فيرد الطالب على الغريم ما أخذ منه، ويرد الغريم على الوكيل ما أخذ من الوكيل.

١٦٢٥٦- قال: وإن كان الغريم في الابتداء صدّق الوكيل، وأعطاه المال، وضمنه على التفسير الذي قلنا، ثم حضر الطالب، وجحد الوكالة، وضمن الوكيل الغريم، فأراد الغريم يمين الطالب: "بالله ما وكله بقبض المال"، كان له ذلك؛ لأن الغريم ههنا مدعي الوكالة، فيصح تحليف الموكل، فإن حلف الموكل لم تثبت الوكالة، وكان له أن يضمن الغريم، فإذا ضمن الغريم كان للغريم أن يضمن الوكيل، وإن أقر الغريم بوكالته إلا أن رجوع الغريم على الوكيل ههنا بحكم الكفالة، وكونه وكيلا لا ينافي ضمان الكفالة، وإن نكل الطالب صار مقرّا بالوكالة، فيرد على الغريم ما أخذ منه، وبطل حق الغريم في تضمين الوكيل.

ثم في الوجه الأول وهو ما إذا حلف الموكل حتى كان للغريم تضمين الوكيل، فطلب الوكيل يمين الغريم بالله ما يعلم أن الطالب وكله بالقبض، لا يلتفت القاضي إليه، ولا يحلف؛ لأن الغرض من التحليف النكول الذي هو إقرار، والغريم ههنا مقر بالوكالة، فرجوعه عليه كان بحكم الكفالة، وذلك سبب آخر غير الوكالة، وإن أراد الوكيل في هذا الوجه أن يحلف الموكل: "بالله ما وكلتني بالقبض"، لا يكون له ذلك؛ لأن من حجة الموكل أن يقول للوكيل: لا فائدة لك في تحليفي؛ لأن فائدة التحليف إن أنكل فأصير مقرّا بالوكالة، فتسترد من الغريم ما أخذ الغريم منك، كما تقدم، وهو ما إذا صدقه في الوكالة ولم يضمنه، أو ترجع عليّ بما لحقك من الغريم فعله، أن ما لحقك من الغريم لحقك، بسبب عمل كنت تزعم أنك عامل لي في ذلك، وليس لك أن تسترد من

الغريم ما أخذ الغريم منك؛ لأن الغريم أخذ ذلك منك بحكم الكفالة، والوكالة لا تنافى ضمان الكفالة، وليس لك أن ترجع علىّ بما لحقك من الغريم؛ لأن ما لحقك من الغريم لحقك بحكم الكفالة، وما كنت عاملا لى فى الكفالة، بخلاف ما تقدم.

القسم الثانى من هذا الفصل:

١٦٢٥٧- قال محمد: وإذا كان للرجل على رجل مال، غاب صاحب المال، فجاء رجل، وادعى أن صاحب المال وكله بقبض المال، فكذبه المديون، أو سكت، ودفع المال إليه، فضاع المال عنده، أو ادعى أنه ضاع، أو ادعى دفعه إلى الموكل، فلم يحضر الموكل، ولم يعرف جحوده حتى توفى، فورثه الغريم، فقال الغريم للوكيل: إن صاحب المال لم يكن وكلك، وقد صرت وارثا له قائمًا مقامه، وكان له تكذيبك، فأنا أكذبك أيضًا، وأضمنك المال، لا يكون له ذلك؛ لأن الغريم حين أعطاه المال، فقد أوجب الملك، أو الحق للغائب فيه، ثم سعى فى نقضه، فصار متناقضًا.

فإن قيل: كيف يصير ساعيًا فى نقض ما تم به؟ وإنه بحكم الوراثة قام مقام الموكل، وصار نائبًا عنه فى الخصومة، فصار خصومته كخصومة الموكل حال حياته، وكان للموكل حق الخصومة فى الوكالة، وكان لا يصير ساعيًا فى نقض شىء، فكذا من قام مقامه.

قلنا: إنكار الوكالة لا يصلح غرضًا لعينه، وإنما يصلح غرضًا لغيره، وهو تضمين[1] الوكيل، وليس للغريم حق تضمين الوكيل لا بطريق الأصالة لكونه ساعيًا فى نقض ما تم به، ولا بطريق النيابة عن الموكل؛ لأن الموكل لو كان حيًّا لا يكون له حق تضمين الوكيل، فكذا النائب، وإذا لم يكن للغريم حق تضمين الوكيل، لا بطريق الأصالة، ولا بطريق النيابة، لايكون له حق الخصومة فى الوكالة.

فإن أراد الغريم يمين الوكيل: "بالله لقد وكلك فلان"، لا يكون له ذلك. وهذا لأنه لو ثبت للغريم حق تحليف الوكيل إما أن يحلفه بطريق الأصالة، أو بطريق النيابة عن الميت، لا وجه أن يقال: بطريق الأصالة؛ لأنه من حيث هو أصيل متناقض؛ لكونه

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "لايصح".

ساعيًا فى نقض ما تم به، فلا يصح منه دعوى عدم الوكالة، والتحليف يترتب على دعوى صحيحة، ولا وجه أن يقال: بطريق النيابة؛ لأنه لم يكن للموكل حق تحليف الوكيل حال حياته، فكيف ثبت هذا الحق لوارثه بطريق النيابة عنه.

فإن أقر الوكيل عند القاضى أن فلانًا لم يوكله بشىء صح إقراره، وكان للغريم حق تضمينه لكونه ساعيًا فى نقض ما تم به، إلا أن سعى الإنسان فى نقض ما تم به إنما يرد إذا لم يوافقه خصمه فى ذلك، وقد وُجدت الموافقة ههنا. وإن قال الغريم: أنا أقيم البينة على أن فلانًا يوكله بالخصومة، لا تسمع بينته، إما لأن هذه بينة قامت على النفى، أو لأن الدعوى لم يصح، والبينة لا تسمع إلا بعد دعوى صحيحة. وإن قال الغريم: أنا أقيم بينة على إقرار الوكيل أن فلانًا لم يوكله بالخصومة، قبلت بينته.

فرق بين هذا وبينما إذا أقام بينة حال حياة الموكل على إقرار الوكيل أن فلانًا لم يوكله بالخصومة حيث لم يقبل بينته. والفرق بينهما وهو أن فى حالة الحياة لو قبلت بطريق الأصالة، ومن حيث هو أصيل، فهو متناقض لمكان السعى إلى نقض ما تم به، فلم يصح الدعوى، فلايسمع البينة، أما فى حالة الممات لو قبلت بينته قبلت بطريق النيابة عن الموكل، ومن هذا الوجه لا تناقض إذا لم يسبق من الموكل حالة الحياة فعل يصير بدعوى إقرار الوكيل أنه لم يوكله ساعيًا فى نقض ما تم به، فانعدم التناقض فصح الدعوى فسمعت البينة.

فإن قيل: الميت فى حال حياته لا يملك إقامة البينة على الوكيل، فكيف يملك الوارث ذلك بطريق النيابة عنه؟ ألا ترى أنكم قلتم: إذا لم يكن للميت أن يحلف الوكيل حال حياته، لم يكن ذلك للوارث بطريق النيابة عنه.

قلنا: الموكل كان له ولاية إقامة البينة، لكن لم يسمع منه البينة لعدم الحاجة إليه، فإنه يملك أخذ الضمان من الغريم بدون البينة، والنائب محتاج إلى البينة؛ لأنه لا يملك تضمين الوكيل بدون البينة، فيظهر ولاية الإقامة فى حق الموكل فى حق السماع من النائب، فأما الموكل ما كان يملك تحليف الغريم لعدم الحاجة إليه، فلا يملك نائبه.

والفرق بين البينة وبين التحليف فى حق الموكل أن اليمين حجة ضرورية، فلا يصار إليه فى غير موضع الحاجة والضرورة، بخلاف البينة؛ لأن البينة حجة مطلقة،

فيثبت ولاية إقامتها، لكن عدم السماع فى حق الموكل لعدم الحاجة، والحاجة متحققة فى حق النائب، فيثبت ولاية الإقامة فى حق الموكل، ولكن فى حق السماع من النائب، قال: وكذلك لو كان الموكل حيّا، فوهب ذلك المال من الغريم، أو أبرأه منه، كان الجواب فيه كالجواب فى موت الموكل؛ لأنه قائم مقامه بالهيئة، كما يقوم مقامه بالميراث.

ولو مات الموكل، فورثه الغريم، ورجل آخر نصفين، فالجواب فى نصف الأجنبى كالجواب فيما إذا حضره الطالب، وجحد الوكالة؛ لأنه قائم مقام مورّثه فى جحود الوكالة وهو غير ساع فى نقض ما تم به، فكان جحوده كجحود الموكل، ولكن فيما قام مقامه، وذلك نصف الدين، فيأخذ نصف الدين من الغريم، ويرجع الغريم على الوكيل، والجواب فى نصف الغريم ما ذكرنا فى الكل.

ولو كان هو الوارث وحده، لا يرجع على الوكيل إلا إذا كان المال قائمًا فى يد الوكيل، فيأخذه منه؛ لأنه قام مقام المورّث فى ملك العين، فإن ادعى الوكيل هلاكه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، وادعى الغريم أنه لم يهلك كان له أن يحلف الوكيل، فإن حلف، برئ، وإن نكل لزمه ذلك النصف؛ لأن النكول منه بمنزلة الإقرار.

فإن قيل: إنما يتوجه اليمين على الوكيل إذا صح دعوى الغريم بطريق الأصالة، لا بطريق النيابة عنه، ولم يصح دعواه بطريق الأصالة؛ لأنه ساعٍ فى نقض ما تم به، ألا ترى أنه لو عرف هلاك المال فى يده، لا يتوجه عليه اليمين.

قلنا: هو ليس بساعٍ فى نقض ما تم به؛ لأنه سلم المال إلى الوكيل ليقبض للموكل وهو مقر أنه قبض للموكل، وبموت الموكل صار حق القبض للغريم بطريق القيام مقام الموكل، ولايصير بهذا ساعيًا فى نقض ما تم به، ولو أن الموكل لم يمت، ولم يهب المال من الغريم، ولكن حضر وجحد الوكالة، ولم يقدم الغريم إلى القاضى حتى مات، والغريم وارثه، أو وهب المال من الغريم، فأقام الغريم بينة عند القاضى على الجحود على جحود الموكل الوكالة، لا يقبل ذلك منه، ولا يكون له حق تضمين الوكيل؛ لأن هذه بينة قامت على الجحود فى غير مجلس القاضى والجحود فى غير مجلس القضاء غير معتبر، فصار وجوده والعدم بمنزلة، ولأنه يريد نقض ما أوجبه للغائب، وما تم به بهذه

البينة ، فلا يقدر عليه .

قال : فإن وجد شيئًا مما دفع إلى الوكيل قائمًا في يده بعينه ، كان له أن يأخذ منه ؛ لأنه إما وكيل مات موكله ، فيدفع ذلك إلى وارثه أو أجنبي ، فيدفع المال إلى من أخذ منه ، فإن كان الموكل جحد الوكالة في مجلس القاضي ، فلم يقض القاضي له على الغريم بشيء حتى مات كان للغريم أن يرجع على الوكيل ؛ لأن بجحود الطالب الوكالة عند القاضي ، ظهر أنه لم يكن وكيلا ، وجحوده ثابت عند القاضي ، فلا يحتاج إلى إثباته بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن هناك مست الحاجة إلى إثبات الجحود بالبينة ، وتعذر إثباته لما ذكرنا .

وإذا ظهر أنه لم يكن وكيلا ظهر أن ما قبض قبض بغير حق ، فوجب عليه رده على الغريم إن كان قائمًا ، ورد قيمته إن كان هالكًا ، وإن كان مات الموكل بعد ذلك ، فورثه الغريم ، أو وهب المال للغريم ، أو أبرأه منه ، كان للغريم أن يأخذ الوكيل بالمال ، كما كان قبل موته ، ولكنه يحلف الغريم بالله ما تعلم أن الطالب وكله بقبض المال ؛ لأن الغريم بعد موت المورّث قائم مقام المورّث ، وهذه اليمين كانت متوجهة على المورّث ، فكذا على الوارث ، إلا أن استحلاف الوارث على فعل الغير ، فيكون على العلم ، ولو كان الغريم صدّق الوكيل في دعوى الوكالة ، وحلف ، وقضى القاضي له على الغريم بماله ، ثم مات الموكل قبل أن يأخذ من الغريم شيئًا ، فورثه الغريم ، أو وهب المال من الغريم ، لا يرجع الغريم على الوكيل بشيء ؛ لأن رجوع الغريم على الوكيل ههنا لو كان بحكم الكفالة ، فلا يرجع قبل نزول الكفالة ، والكفالة[1] لم ينزل بعد ، ولو كان الموكل أخذ المال من الغريم حين حضر ورجع به الغريم على الوكيل بحكم الكفالة ، ثم مات الموكل ، فورثه الغريم ، فللوكيل أن يرجع ، فيأخذ من ميراث الموكل مثل ما غرمه الغريم ؛ لأن في زعم الغريم إنه وكيل ، وإن الموكل في تضميني كان ظالمًا ، وما أخذ مني أخذ بغير حق ، فصار ذلك دينًا لي في ذمته ، والوكيل كفيل لي بذلك ، فإذا ضمنت الوكيل ، وأخذت بدل ذلك منه ، فقد ملكت الألف التي لي في ذمة الموكل من الوكيل ، فصار ما كان لي من الدين في ذمة الموكل مستحقًا للوكيل بأداء الضمان ، والدين مقدم على الميراث

---

(١) هكذا في جميع النسخ ، وكان في الأصل : " والكفالة لم ينزل على الوكيل بحكم الكفالة بعد " .

والوارث هو الغريم، فيعامل معه بزعمه.

ولو ورثه رجلان أحدهما الغريم، كان للوكيل أن يأخذ من حصة الغريم من الميراث مثل ما غرمه الغريم؛ لأن الغريم صار مقرًا للوكيل بالدين على الميت، وأحد الورثة إذا أقر بالدين على مورّثه يستوفى جميع ذلك من نصيبه.

القسم الثالث من هذا الفصل:

١٦٢٥٨- لو يمت الطالب، وباقى المسألة بحالها من تصديق الغريم الوكيل، ودفع المال إليه، وتضمينه إياه، وحضور الطالب، وجحود الوكالة، ورجوع الطالب على الغريم، ورجوع الغريم على الوكيل بحكم الكفالة، ثم إن الطالب وهب للغريم ألفًا، هل للوكيل أن يرجع على الغريم بما أدى، قال: ينظر إن وهبه الألف التى أخذها من الغريم رجع على الغريم بما أدى؛ لأن الغريم مع الوكيل اتفقا أن الهبة لم تصح؛ لأنهما اتفقا أن الموكل ظالم غاصب لهذا المال والدراهم تتعين فى المغصوب، فلم تصح الهبة لمصادفتها ملك الغريم، فوصل إليه عين[1] المغصوب، فرجوع الغريم على الوكيل إنما كان بحكم الكفالة، وإذا وصل إليه عين المغصوب، بطلت الكفالة، وظهر أنه أخذ من الوكيل ما أخذ بغير حق، فكان عليه الرد، فإن وهبه ألفًا آخر، لا يرجع على الغريم بشىء؛ لأن الوكيل مع الغريم اتفقا على أن ما أخذ الموكل من الغريم صار دينًا له على الموكل، وأن الغريم حين رجع على الوكيل، وضمنه صار ما فى ذمة الوكيل[2] مستحقًا للوكيل غير أن الدين لا يتعلق بمال المديون فى حال صحته، فلا يمنع صحة الهبة، وإذا صحت الهبة لم يصل إلى الغريم عين المغصوب؛ ليبطل الكفالة، فتبين أن ما أخذ الغريم من الوكيل (لم يكن) أخذ بغير حق، فلهذا لا يرجع عليه.

ولو مات الطالب، وأوصى للغريم بألف درهم، فإنه يرجع الوكيل على الغريم، أما إذا أوصى بعين تلك الألف فلا شك، وأما إذا أوصى بألف مطلقًا، فلأن الوكيل مع الغريم اتفقا على أن الوكيل صار غريم الموكل على ما مرّ، والدين مقدّم على الوصية

---

(١) وفى الأصل وم: "غير".

(٢) هكذا فى ظ وكان فى النسخ: "الوكيل".

بخلاف مسألة الهبة؛ لأن الدين الواجب على الإنسان لا يتقدم على هبة فى صحة.

القسم الرابع من هذا الفصل:

١٦٢٥٩- لو أن الغريم دفع المال إلى الوكيل من غير تصديق ولا تكذيب، ثم حضر الموكل، وجحد الوكالة وأشهد على ذلك شهود أو غاب، فأراد الغريم أن يقيم بينة على جحود الموكل لم تسمع بينته، لما ذكرنا من المعنيين ولمعنى آخر أشار إليه هنا، فقال: ما قبضه الوكيل، فهو ملك الموكل بناءً على ظاهر الوكالة، فلو قبلنا بينة الغريم على الوكيل كان فى ذلك قضاء على الغائب من غير خصم حاضر؛ لأن الوكيل لا يصلح خصمًا عنه لأنه أمين كالمودع، أو ضمين كالغاصب، وأيّا ما كان لا يصلح خصمًا عن المالك.

ولو أن الموكل حين حضر وجحد الوكالة، وأخذ المال من الغريم، ثم غاب فأراد الغريم أن يقيم بينة على الجحود، وأخذ المال منه ليرجع على الوكيل بما أدى قبلت بينته.

فرق بين إقامة البينة على نفس الجحود وبين إقامة البينة على الجحود وأخذ المال. والفرق أما على المعنى الأول، فلأن مجرد الجحود فى غير مجلس القضاء غير معتبر، لو عايناه، لا يكون للغريم أن يرجع على الوكيل، فأما ما يثبت بالبينة شيئًا هو غير معتبر، فلايقبل ذلك منه، أما الجحود مع أخذ المال معتبر، وإن كان فى غير مجلس القضاء، لو عايناه، كان للغريم أن يرجع الوكيل، فأيما يثبت بالبينة شيئًا هو معتبر، فجاز أن يقبل ذلك، والفقه فى ذلك أن مجرد الجحود فى غير مجلس الحكم إذا لم يكن معتبرًا لا يتبين أن الغريم ما برئ عن الدين بما دفع إلى الوكيل، فلا يكون له حق الرجوع على الوكيل، أما الجحود مع أخذ المال إذا كان معتبرًا تبين أن الغريم ما برئ عن الدين بما دفع إلى الوكيل، فيرجع عليه، وأما على المعنى الثالث فلأن مجرد الجحود من غير أخذ المال لا يوجب انقطاع حق الموكل عما قبض الوكيل، ولهذا كان له أن يجيز قبض الوكيل، ويصير ذلك ملكًا له، فكان دعواه متناولا للغائب، فكانت البينة قائمة على الغائب، وليس عنه خصم حاضر، أما الجحود مع أخذ المال يوجب انقطاع حق الموكل عما قبض

الوكيل، ولهذا لا يصير ذلك للموكل بإجازته بحال من الأحوال، فلم يكن دعواه متناولا للغائب، فلم تكن البينة قائمة على الغائب، بل كانت قائمة على استرداد ما دفع إلى الوكيل، وإنه خصم حاضر، فتقبل بينته.

وأما على المعنى الثانى فلأن مجرد الجحود لما لم يوجب انقطاع حق الموكل عن المقبوض، لا يكون نفس الجحود مقصودًا، بل كان المقصود استرداد ما دفع إلى الوكيل، والدفع إلى الوكيل حصل بطريق القضاء، وإنه تم بفعل[1] الغريم، فيصير هو بهذه البينة ساعيًا فى نقض ما تم به، وإنه لا يجوز، وأما الجحود مع أخذ المال لما أوجب انقطاع حق الموكل عن المقبوض خرج ذلك الفعل من أن يكون قضاء لفقد شرطه، فلم يكن المقصود نقض القضاء، بل كان المقصود مجرد استرداد ما دفع إلى الوكيل، فلا يصير هو ساعيًا فى نقض ما تم به، فجاز أن تقبل بينته.

(١) وفى الأصل: "ثم يفعل الغريم" وفى ف وم: "وأنه لم يفعل الغريم".

الفصل الرابع والعشرون
فيما للوكيل أن يفعل وما ليس له ذلك والوكيل بالبيع
إذا نقد الثمن من مال نفسه

١٦٢٦٠- قال محمد في "الأصل" في باب الوكالة بالدين: وإذا وكل الرجل رجلا بتقاضي دين له على رجل، فليس له أن يشترى منه شيئًا بذلك الدين؛ لأن الشراء به غير داخل تحت الوكالة إنما الداخل تحت الوكالة، القبض.

فإن قيل: ينبغي أن يملك الشراء بالدين؛ لأنه بالشراء يصير مستوفيًا كما يصير مستوفيًا بالقبض.

قلنا: بالشراء يصير مستوفيًا للدين حكمًا لا حقيقة، فإنه لم يقبض عين الدين، وهو مأمور بقبض يكون استيفاء حقيقة وحكمًا؛ لأنه إنما يصير مستوفيًا بالشراء إذا صح الشراء، فلابد من تصحيح الشراء أولا، وتصحيحه غير ممكن؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة، فإن وهب الدين من المديون، أو أبرأه منه أو أخره عنه إلى أجل، أو حطّ عنه لم يجز؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة. وكذلك لو احتال به على رجل لم يجز؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة.

وكذلك لو أخذ به رهنًا أيضًا لا يصح؛ لأنه غيره داخل تحت الوكالة.

فإن قيل: أليس أن قبض الرهن قبض استيفاء، حتى يصح الرهن برأس مال السلم والصرف.

قلنا: قبض الرهن لا يكون قبض استيفاء للحال، وإنما يصير قبض استيفاء عند الهلاك، ألا ترى أنهم قالوا: لو افترقا قبل هلاك الرهن في الصرف والسلم، بطل السلم والصرف، فدل أن قبض الرهن يصير قبض استيفاء بعد الهلاك حكمًا لا حقيقة، وهو إنما أمره بقبض يقع به الاستيفاء حقيقة وحكمًا، فإن هلك الرهن في يد الوكيل، هل للمطلوب أن يضمنه الأقل من قيمة ومن الدين؟ فهذا على وجهين: الأول: أن يقول

الوكيل : أمرني الطالب بقبض الرهن، فدفع المطلوب إليه رهنًا وفي هذا الوجه له أن يضمنه، ذكر المسألة في "الأصل" مطلقة. وذكر شيخ الإسلام في شرحه، فقال: إن كذبه المطلوب في الوكالة، أو سكت لم يصدقه، ولم يكذبه أو صدقه، وشرط عليه الضمان، له أن يضمنه، وإن صدقه ولم يضمنه، فليس له أن يضمنه.

والجواب في هذا نظير الجواب فيما إذا قال: وكلني فلان بقبض الدين الذي له عليك، فدفعه المطلوب إليه الدين، ولم يكن الطالب وكله بقبض الدين، وهلك المال في يد القابض، وهناك الجواب على التفصيل الذي قلنا: إن صدقه المديون في الوكالة ولم يضمنه، فلا ضمان، وفيما عداه من الفصول الوكيل ضامن، كذا هنا.

الوجه الثاني: إذا قال الوكيل: لم يأمرني بقبض الرهن مع ذلك، دفع المطلوب إليه رهنًا، وهلك في يد الوكيل، لا ضمان على الوكيل كما في حقيقة الاستيفاء إذا قال: لم يوكلني فلان بقبضه مع هذا دفع المطلوب الدين إليه، وهلك في يده، وهناك لا ضمان على الوكيل، كذا هنا.

وأما إذا أخذ بالدين كفيلا، فهو على وجهين: الأول: أن يأخذ منه كفيلا بشرط براءة الأصيل، فإنه لا يجوز؛ لأن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وإنه لا يملك الاحتيال، فلايملك أخذ الكفيل بشرط براءة الأصيل، وأما إذا أخذ كفيلا من غير شرط براءة الأصيل صح، وكان له أن يأخذ أيهما شاء، فكان يجب أن لا يجوز؛ لأن الكفالة غير داخلة تحت الوكالة، فلا يجوز أخذها، وإن كان فيها توثيقًا، ألا ترى أنه لا يجوز أخذ الرهن، وإن كان فيه توثيقًا.

والجواب: أن الكفالة توثيق لا يتضمن إضرارًا بالموكل، والرهن توثيق يتضمن إضرارًا بالموكل، فإنه متى هلك الرهن يسقط الدين الثاني أن الوكيل بالتقاضي وكيل بالخصومة، والوكيل بالخصومة يملك أخذ الكفيل، ولا يملك أخذ الرهن -والله أعلم-.

فرق بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بقبض الدين في حق أخذ الرهن، فجوز للوكيل بالبيع أخذ الرهن، ولم يجوّز ذلك للوكيل بقبض الدين، وسوّى بينهما في حق أخذ الكفيل، فجوز أخذ الكفيل من كل واحد منهما.

والفرق: أن الوكيل بالبيع أصيل في حق حقوق العقد، واستيفاء الثمن حقه،

وفى الكفالة والرهن توثيق الاستيفاء، فيملك ذلك بطريق الأصالة، فأما الوكيل بقبض الدين نائب محض فى حق القبض، وقد أنابه الموكل مقام نفسه فى حق قبض الدين، لا فى حق قبض الرهن.

١٦٢٦١- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل أمر رجلا أن يشترى له نصف دار، فاشتراها كلها، فله أن يقاسم، قال: أرأيت لو أمره أن يشترى له نصف كر حنطة، فاشترى هو يعنى الوكيل، ورجل آخر كر حنطة، أما له أن يقاسم؟ لا شك أن له أن يقاسم له ذلك.

وذكر هشام فى "نوادره" عن محمد: أن قسمة الوكيل فى الدار لا يجوز، وفى المكيل والموزون يجوز، قال ثمة، قال محمد: كل شىء إذا قاسم الرجل شريكه لم يكن له أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى، فليس للوكيل الذى اشتراه له أن يقاسم، وكل شىء إذا قاسم شريكه، كان له أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى، فللوكيل الذى اشتراه له أن يقاسم.

١٦٢٦٢- قال: ابن سماعة سمعت أبا يوسف يقول: فى رجل دفع إلى الرجل متاعًا يبيعه، فباعه بنسيئة، فقال رب المتاع: إن رأيت أن تنقدنى من عندك، ففعل، ثم توى المال على مشتريه، فإنه يرجع على رب المال بما دفع إليه من المال؛ لأن أداءه إليه ليس بتطوع إذا كان له أن يأخذ المشترى بثمن المتاع، قال ثمة: كل شىء أداه الإنسان عن غيره بغير أمره يرجع به على الذى عليه المال، فإذا توى المال عليه، يرجع على الذى أدى إليه، وكل شىء لا يرجع به على الذى عليه المال، فإذا توى المال عليه لم يرجع على الذى أداه إليه.

الفصل الخامس والعشرون
في التوكيل بالعقود ببدل مجهول

١٦٢٦٣- قال محمد في "الزيادات": إذا وكل الرجل رجلا أن يكاتب عبده على عبد، أو على حنطة، أو ثوب هروي، أو مروي جاز، وينصرف إلى الوسط، وكذلك التوكيل بالنكاح أو بالخلع أو بالصلح عن دم العمد على هذه الأبدال يجوز، وينصرف إلى الوسط؛ لأنه يملك مباشرة هذه العقود بنفسه بهذه الأبدال، فيملك التفويض إلى غيره، فبعد ذلك ينظر إن كان سمّى الوكيل في هذه العقود عبدًا بغير عينه جاز، وينصرف إلى الوسط، وإن سمى عبدًا بعينه، فإن كان وسطا أو مرتفعا جاز على الموكل لحصول مقصوده مع زيادة شيء، وإن كان دون الوسط لا يجوز على الموكل؛ لأنه لم يحصل مقصوده، فيصير مخالفًا.

ولو وكله أن يصالح عن دم خطأ له على رجل على عبد بغير عينه، فالوكالة صحيحة، فقد جوز التوكيل بالصلح عن دم الخطأ على عبد بغير عينه، ولم يجوّز نفس الصلح على عبد بغير عينه، والوجه في ذلك أن الصلح عن دم الخطأ على عبد شراء العبد بثمن الدية؛ لأن الدية دراهم مقدرة، والصلح عن دراهم مقدرة على العبد شراء العبد بالدراهم؛ لأن الدراهم أثمان على الإطلاق، ولما كان هكذا كان التوكيل بالصلح عن دم الخطأ توكيلا بشراء العبد بثمن مسمى غير أن شراء العبد المطلق بثمن مسمى لا يصح، والتوكيل بشراء العبد المطلق بثمن مسمى صحيح، وإنما جاء الفرق باعتبار أن جهالة الوصف في البدل في الوكالة لا يؤدي إلى المنازعة؛ لأن الوكالة ليست بلازمة، ولا كذلك الصلح نفسه؛ لأنه لازم، فيؤدي إلى المنازعة، والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة.

ثم إذا صح التوكيل إن صالح الوكيل على عبد بغير عينه، لا يجوز على الموكل؛ لأنه لو صالح بنفسه على عبد بغير عينه لا يجوز، فكذا إذا صالح وكيله، وإن صالح على عبد بعينه إن كانت قيمة العبد مثل الدية، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، يجوز،

وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز ، لما ذكرنا أن هذا توكيل بالشراء بثمن مسمى ، والوكيل بالشراء بثمن مسمى يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش .

ودلت المسألة على أن التوكيل بشراء شيء لا بعينه يتحمّل منه الغبن اليسير ، وإن كان الثمن مسمّى ، وكذلك لو وكله بالصلح عن دين له على إنسان على عبد ، فهذا ومسألة الصلح عن دم الخطأ في جميع ما ذكرنا على السواء .

١٦٢٦٤- وإذا قال الرجل لغيره : خذ عبدى هذا وبعه بعبد ، أو قال : اشتر لى به عبدًا ، صح التوكيل ، فبعد ذلك ينظر إن كان قد وكله بالشراء ، فاشترى عبدًا بغير عينه ، لا يجوز على الموكل ، كما لو اشترى الموكل به بنفسه ، وإن اشترى عبدًا بعينه ، إن كانت قيمة العبد المشترى مثل قيمة هذا العبد ، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز ، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه ، لا يجوز ، وإن كان قد وكله بالبيع ، فباعه بعبد بغير عينه ، لا يجوز ، كما لو باع الموكل بنفسه .

وإن باع بعبد بعينه ، فإن كان قيمة ذلك العبد مثل قيمة هذا العبد ، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ، يجوز ، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز ، قيل : هذا على قولهما ، أما على قول أبى حنيفة يجوز كيف ما كان ؛ لأنه وكيل بالبيع المطلق ، والوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عزّ وهان .

وقيل : هذا على قول الكل ؛ لأن فى بيع المقايضة كل واحد من البدلين مبيع من وجه ، ثمن من وجه ، فكان توكيلا بالشراء من وجه ، وبالبيع من وجه ، والتوكيل بالبيع إن كان يجرى على إطلاقه ، فالتوكيل بالشراء لا يجرى على إطلاقه بالإجماع ، فلا يجرى على إطلاقه .

١٦٢٦٥- ولو وكله بأن يبيع عبده بعشرة أثواب هروية ، أو بكر حنطة ، فقد مر ذلك فى فصل التوكيل بالبيع . ولو قال : أجّر دارى هذه بعبد كان التوكيل صحيحًا ، وإن كان لو آجر بنفسه بعبد بغير عينه ، لا يجوز .

والفرق بين التوكيل والمباشرة قد مر فى فصل البيع ، فبعد ذلك إن آجر الوكيل الدار بعبد بغير عينه ، لا يجوز ، وإن آجر بعبد بعينه ، إن كانت قيمة العبد مثل أجر الدار ، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ، جاز ، وما لا فلا .

قيل: هذا على قولهما، أما على قول أبى حنيفة: تجوز الإجارة كيف ما كان؛ لأن التوكيل بإجارة الدار توكيل ببيع منافع الدار، فيملك البيع بأى ثمن كان عنده حتى لو كان وكيلا باستئجار الدار، لا يتحمل منه الغبن الفاحش بالإجماع؛ لأن التوكيل باستئجار الدار توكيل بالشراء، ولا يتحمل الغبن الفاحش من الوكيل بالشراء بلا خلاف.

١٦٢٦٦- ولو وكل رجلا، بأن يكاتب عبده على وصفاء[1] أو على أكرار حنطة، أو على ثياب هروية، إن بيّن عدد الوصفاء، بأن قال: على ثلاث وصفاء، أو ما أشبه ذلك، فالتوكيل صحيح، وينصرف التوكيل إلى ذلك العدد المسمى من الوصفاء الأوساط، كما لو أنشأ الموكل العقد عليها، وكذلك هذا فى التوكيل بالنكاح والعتق على مال، والصلح عن دم العمد والخلع، وإن لم يبين عدد الوصفاء، فالتوكيل صحيح بخلاف ما لو أنشأ الموكل العقد عليها بهذه الصفة.

والفرق: بين المباشرة والتوكيل قد مر، فبعد ذلك إن سمى الوكيل من الوصفاء، أو من أكرار الحنطة، أو من الثياب الهروية ما كانت قيمته قيمة العبد فى الكتابة، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، جاز، وما لا فلا، وهذا لأن ذكر الوصفاء أو الأكرار والثياب ليس على معنى بيان العدد، ولكن على معنى بيان جنس ما تقع به الوكالة، فتقع على ما يساوى قيمة المكاتب، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، فيجعل ذلك القدر معياراً فى الكتابة، وفى النكاح يجعل مهر المثل معياراً، وفى الصلح عن دم العمد يجعل الدية معياراً، وفى الخلع يجعل قيمة ما أعطاها معياراً، ويتحمل الغبن اليسير دون الفاحش، قيل: هذا على قولهما، أما على قول أبى حنيفة كما يتحمل الغبن اليسير يتحمل الغبن الفاحش، كما فى الوكيل بالبيع.

١٦٢٦٧- وكذلك إذا ذكر الدراهم فى التوكيل فى هذه العقود مكان الوصفاء والثياب والأكرار، يعتبر قيمة العبد فى الكتابة، وفى العتق على مال ومهر المثل فى النكاح، والدية فى الصلح، وقيمة ما أعطاها فى الخلع إن سمى من الدراهم ما يبلغ قيمة العبد ومهر المثل والدية وقيمة ما أعطاها الزوج؛ لأن ذكر الدراهم على معنى بيان جنس

---

(١) وُصفاء: جمع وَصِيفٌ معناه: الخادم، غلامًا كان أو جارية، والغلام دون المراهق.

ما يقع به التوكيل، فيعتبر المعقود عليه كأنه أطلق التوكيل، ولا يتحمل فيه الغبن الفاحش عندهما، خلافًا لأبى حنيفة.

وهذا الجواب مستقيم فى سائر العقود، فأما فى الخلع فغير مستقيم؛ لأن الموكل لو أنشأ الخلع بنفسه على الدراهم، ينصرف إلى الثلاث، وفى التوكيل به لم ينصرف الدراهم إلى الثلاث، واعتبر قيمة ما أعطاها.

والفرق: أن الموكل إذا كان هو الموجب كان تصرفه بحكم الملك، فيملك الأقل، كما يملك الأكثر، فعند الإطلاق اتبعنا الأقل؛ لأنه هو المتعين، فأما الوكيل يتصرف بحكم التفويض والأمر، فإن تناول الأمر الأكثر لا يملك الأقل، فلم تصلح الدراهم معيارًا فى الوكالة، بل لغى ذكرها فيما يرجع إلى كونها معيارًا، وصار كأن الأمر بالخلع وقع مطلقًا، وهناك لا يجوز الخلع عندهما، إلا إذا خالعها بمثل ما أعطاها، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، فهنا كذلك.

وكذلك لو وكل رجلا، بأن يخلع امرأته على عبد بعينه، يريد به عبدًا يعيّنه الوكيل، لا عبدًا يعيّنه الموكل، فليس له أن يخلعها على عبد بغير عينه؛ لأنه قيّده بالعين، وإنه مفيد؛ لأن العين خير من الدين، فإن خالعها على عبد بعينه قيمته مثل مهر الذى تزوجها عليه، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه جاز، وإلا فلا، وهذا على قول أبى حنيفة: يجوز كيفما كان؛ لأنه بمنزلة الوكيل بالبيع المطلق، ثم فى العبد بغير عينه قيده بالوسط، وفى العبد بعينه لم يقيّده بالوسط، وهذا لأن الوسط إنما يصار إليه فى الغائب؛ لأن أوصاف الغائب يختلف من حيث الجودة والرداءة والوساطة، فينصرف إلى وسط؛ لأنه أعدل، فأما المعين هو المشار إليه، والوصف فى المشار إليه لا يختلف، فلا يمكن اعتبار الوسط فيه، فيعتبر قيمة المعقود عليه.

١٦٢٦٨- وكذلك الجواب فى المرأة توكل رجلا أن يزوّجها من رجل بعبد يعينه الوكيل، والرجل يوكل رجلا أن يصالح عن دم العمد على عبد يعيّنه الوكيل، كان التوكيل صحيحًا، ولا يتقيد بالوسط، بل يعتبر فى النكاح مهر المثل، وفى الصلح الدية، وهذا قولهماوعلى قول أبى حنيفةجاز فعل الوكيل على كل حال لما مرّوفى الصلح عن دم الخطأ عن سائر الديون لايتحمل الغبن الفاحش بلا خلاف، لما مرّ والله أعلم.

الفصل السادس والعشرون
فى التوكيل بالإجارة والاستئجار والمزارعة والمعاملة

قد مرّ بعض مسائل الإجارات فى كتاب الإجارات فى فصل على حدة، وذكرنا مسألة منها فى الفصل المتقدم.

١٦٢٦٩- قال محمد: الوكيل بإجارة الدار خصم فى إثبات الإجارة، وفى قبض الأجر، وحبس المستأجر به؛ لأن ذلك من حقوق عقده.

وإذا أبرأ الوكيل بالإجارة المستأجر عن الأجرة، فإن كانت الأجرة عينًا، فالإبراء لايصح، وإن كانت دينًا، فإن أبرأه بعد الوجوب بأن مضت المدة أو شرطا التعجيل فى الأجرة، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد: يجوز، ويضمن مثل ذلك للآمر، وعلى قول أبى يوسف: لا يجوز، وإن أبرأه قبل الوجوب، ذكر فى ظاهر الرواية: أن عند أبى حنيفة ومحمد: يجوز، وعند أبى يوسف: لا يجوز.

وفى غير رواية الأصول: أن عند محمد يجوز، وعند أبى يوسف: لا يجوز، وإن ناقض الوكيل الإجارة مع المستأجر قبل مضى المدة، صحت المناقضة، سواء كانت الأجرة عينًا أو دينًا إذا لم يكن الوكيل قبض الأجر، ولا شرط تعجيله، وإن كان قبض الأجر لا يصح مناقضة، وقد مرّ هذا فى كتاب الإجارات، وإن لم يكن قبض الأجر، ولا شرط تعجيله، وذكر شيخ الإسلام: أن مناقضته لا تصح، ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى: أن على قول أبى حنيفة ومحمد: يصح، ولا تبطل الإجارة بموت الوكيل، وتبطل بموت الموكل والوصى والأب فيما يؤاجر أن للصغير بمنزلة الوكيل، وقد عرف ذلك فى كتاب الإجارات.

١٦٢٧٠- وللوكيل بالإجارة أن يؤاجر بعرض أو خادم، أما على قول أبى حنيفة فظاهر؛ لأنه وكيل ببيع المنافع، والوكيل ببيع العين يملك البيع بعرض عنده، فكذا الوكيل ببيع المنافع، وأما على قولهما: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: ليس له

ذلك، كما في الوكيل ببيع العين، وقال بعضهم: له ذلك، بخلاف الوكيل ببيع العين.

١٦٢٧١- وإذا وكله بإجارة أرض وفيها بيوت وأبنية، ولم يسم البيوت والأبنية، فله أن يؤاجر الأرض مع البيوت، وكذلك إذا كان فيها رجاء ماء قبل هذا الجواب على عرفهم، وأما في عرفنا فالوكيل بإجارة الأرض والضيعة لا يكون وكيلا بإجارة البيوت والأبنية.

١٦٢٧٢- ولو وكل أن يؤاجر أرضه بدراهم، فأجرها بدنانير، أو دفعها مزارعة بالنصف، لايجوز، وكذلك لو وكله أن يؤاجرها، ولم يسمّ البدل، فدفعها مزارعة بالنصف لا يجوز، وكذا لو وكله أن يدفعها مزارعة بالنصف، فأجرها بدراهم أو دنانير لا يجوز، ولو أجرها بحنطة أو شعير، أو ما أشبه مما يخرج من الأرض، ذكرها هنا أنه لا يجوز، وذكر في المزارعة: أنه يجوز إذا كان ما أجر به من الحنطة مثل نصف ما يخرجه هذه الأرض قيل: ما ذكرها هنا يؤول، وتأويله إذا كان ما أجر به من الحنطة أقل من نصف ما تخرجه هذه الأرض، أو لايدرى ذلك أما إذا كان مثل نصف ما تخرجه الأرض، أو أكثر يجوز، كما ذكر في المزارعة، ومنهم من قال على رواية هذا الكتاب: لا تجوز على كل حال، ولكن هذا القائل لا يجعل في المسألة روايتين، بل يجعل ما ذكر هنا جواب القياس، وما ذكر في المزارعة جواب الاستحسان، ولو وكله أن يأخذ له أرضًا مزارعة، فاستأجرها له بحنطة أو بدراهم أو دنانير، لا يجوز، ولو وكله أن يستأجر أرضًا له، فأخذها مزارعة له، لا يجوز في قول أبي حنيفة، لا لأنه صار مخالفًا، ولكن لأن المزارعة فاسدة عنده، وعندهما: يجوز.

١٦٢٧٣- الوكيل بالاستئجار يملك الاستئجار بالدراهم والدنانير والمكيل والموزون إذا كان بغير عينه بلا خلاف، ولا يملك الاستئجار بعرض بعينه ولا بمكيل أو موزون بعينه، هكذا ذكر بعض مشايخنا في شروحهم.

وذكر نجم الدين النسفي في شرح الشافي: أنه لا يملك الاستئجار عندهما إلا بالدراهم أو الدنانير، أو بما يخرج منها بالمزارعة، ولا يجوز بكيلي في ذمة، ولا بوزني في الذمة، وإذا وكل رجلين باستئجار دار، أو أرض، فاستأجره أحدهما وقع العقد له؛

لأن أحد الوكيلين لاينفرد[1] بالاستئجار، فتعذر إيقاع العقد للموكل، فيقع للوكيل، فإن دفعها الوكيل إلى الموكل، انعقدت بينه وبين الموكل إجارة مبتدأة بالتعاطى، وهذه المسألة تنصيص أن الإجارة تنعقد بالتعاطى.

١٦٢٧٤- الوكيل بدفع الأرض مزارعة أو بدفع النخيل معاملة إذا أبرأ المزارع أو المعامل عن نصيب المالك، لا يجوز، وهذا بلا خلاف؛ لأنه عيّن وهو ملك الموكل، الوكيل بدفع الأراضى مزارعة إذا دفعها إلى رجل يزرع فيها رطبة، أو شيئًا من الحبوب يجوز؛ لأن هذا نوع مزارعة، وقد وكله بالمزارعة مطلقًا، وإن دفعها إلى رجل يغرس فيها الأشجار والنخيل، لايجوز، وإن وكله أن يدفع أرضه إلى رجل يغرس فيها النخيل، فدفعها إلى رجل يغرس فيها الأشجار، أو على العكس لا يجوز، وكثير من مسائل المزارعة والمعاملة يأتى ذكرها فى كتاب المزارعة.

(١) وفى الأصل: "لا ينفرد".

الفصل السابع والعشرون
فى التوكيل بالنكاح والطلاق والعتاق واليمين والخلع

عامة مسائل النكاح قد مرت فى كتاب النكاح:

١٦٢٧٥- قال محمد فى "الأصل": رجل قال لغيره: زوّجنى امرأة على أنك متى تزوجتها، فأمرها بيدها، فزوجها الوكيل، وشرط لها ذلك، أو لم يشترط، فإن أمرها يصير بيدها، ولو كان قال له: زوجنى امرأة، فإذا تزوجت، فقل لها: أمرك بيدك، أو قال: واشترط لها أن أمرها بيدها، لا يصير الأمر بيدها ما لم يشترط الوكيل لها ذلك.

١٦٢٧٦- وإذا وكلت المرأة رجلا أن يزوجها فزوجها، وحطّ عن مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس فى مثله، ذكر محمد فى "الأصل": أنه يجوز على قول أبى حنيفة، وتصير هذه المسألة حجة لمن يقول من المشايخ: إن الوكيل من جانب المرأة إذا زوّجها من غير كُفء، فإنه يجوز على قول أبى حنيفة، ومن قال فى تلك المسألة: إن على قول أبى حنيفة: لا يجوز النكاح أيضًا، كما هو قولهما، يقول: إذا حطّ الوكيل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس فى مثله، لا ينفذ عليها، بل يقف على إجازتها؛ لأن على قول هذا القائل إنما لا يجوز إنكاح الوكيل إياها من غير كفء عند أبى حنيفة؛ لأن المرأة ممنوعة عن تزويج نفسها من غير الكفء لما فيه من إلحاق الضرر بالأولياء غير ممنوعة عن إنكاح نفسها من الكفء، فإذا أمرت بالنكاح مطلقًا، انصرف أمرها إلى النكاح الذى هى غير ممنوعة عنه شرعًا، وهو النكاح من الكفء، لا إلى النكاح الذى هى ممنوعة عنه شرعًا، وهو النكاح من غير الكفء.

إذا ثبت هذا فى تلك المسألة جئنا إلى مسألتنا، فنقول: المرأة ممنوعة عن إنكاح نفسها بأقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس فى مثله؛ دفعًا للعار عن الأولياء غير ممنوعة عن إنكاح نفسها بمهر مثلها، أو بأقل مقدار ما يتغابن الناس فى مثله، فيصرف أمرها بالنكاح إلى النكاح الذى هى ليست بممنوعة عنه، لا إلى النكاح الذى هى ممنوعة

عنه .

الواحد يصلح وكيلا بالنكاح من الجانبين، وإن لم يكن البدل مسمى ؛ لأنه لا يؤدى إلى التضاد، لا باعتبار الحقوق، ولا باعتبار التسمية، أما باعتبار الحقوق لأن حقوق النكاح لاترجع إلى العاقد، وأما باعتبار التسمية لأن للوكيل بدّا من التسمية فى باب النكاح ؛ لأن النكاح ينعقد معاوضة بدون التسمية .

١٦٢٧٧- وإذا وكل الرجل رجلا أن يطلق امرأته، ثم طلقها الزوج قبل طلاق الوكيل، فهذا لايكون عزلا للوكيل، حتى لو طلقها الوكيل فى العدة، يقع الطلاق ؛ لأن الموكل لم يأتِ بعين ما أمر به الوكيل، حتى يخرج الوكيل من الوكالة ؛ لأن التوكيل حصل بواحد من الثلاث، لا بعينها، فما أوقع الموكل لا يكون عين المأمور به، فلا يخرج الوكيل به عن الوكالة، وكان بمنزلة ما لو أمره أن يزوّج له امرأة لا بعينها، ثم تزوج الموكل امرأة، فالوكيل لا يخرج من الوكالة، وطريقه أن الموكل لم يأتِ بعين ما أمر الوكيل به، فإن لم يطلقها الوكيل فى العدة حتى تزوجها الموكل، ثم طلقها الوكيل فى النكاح الثانى، لا يقع الطلاق ؛ لأن التوكيل بالطلاق أمر بإزالة ملك النكاح، وقد انصرف هذا الأمر إلى الملك القائم ؛ لأن الأمر بما يملكه الموكل ينصرف إلى الحالة القائمة، وهذا ملك حادث فلا يقدر الوكيل على إزالته .

١٦٢٧٨- وإذا وكله أن يطلقها واحدة بائنة، فطلقها واحدة، يملك الرجعة، أو وكله أن يطلقها واحدة رجعية، فطلقها تطليقة بائنة، فإنه يقع عليها تطليقة على حسب ما أمره الزوج ؛ لأن الوكيل أتى بأصل المأمور به، وهو إيقاع الطلاق، إلا أنه خالفه فى الصفة، فوقع أصل المأمور به عن الآمر لكون المأمور ممتثلا فيه، وإذا وقع أصل المأمور به عن الآمر تبعه الصفة التى أمر بذلك ؛ لأن الصفة تابعة للموصوف .

الواحد يتولى طرفى الخلع إذا كان المال مسمى، ولا يتولى إذا لم يكن البدل مسمى فى ظاهر الرواية، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرحه : أن المال إذا كان مسمى فى التوكيل بخلع، ففيه روايتان .

١٦٢٧٩- إذا وكل الرجل رجلا أن يطلق إحدى نساءه، فطلق واحدة منهن بعينها صح، وليس للزوج أن يصرف الطلاق إلى غيرها، وكذلك لو طلق واحدة منهن لا

بعينها صح، ويكون الخيار للزوج، وهذا لأن إحدى كما يطلق على واحدة نكرة يطلق على واحدة بعينه، ألا ترى أنه يستقيم أن يقال: هذه من إحدى نساءه، وقد حصل التوكيل مطلقًا من غير تقييد الإحدى بالعينية، ولا بالجهالة، فيجرى على إطلاقه، ويصير تقدير المسألة كأنه قال: طلق واحدة من نساءى إن شئت بعينها، وإن شئت بغير عينها، ولو نص على هذا، كان الجواب ما قلنا، فهنا كذلك.

١٦٢٨٠- وإذا وكل الرجل رجلا أن يطلق امرأته للسنّة، وهى ممن تحيض، وكان التوكيل فى حالة الحيض، أو فى طهر جامعها فيه، فطلقها فى حالة الحيض، أو فى ذلك الطهر، لا يقع الطلاق؛ لأنه ليس بتوكيل للحال، بل وكالته مضافة إلى الطهر فى الصورة الأولى، وإلى الحيض والطهر فى الصورة الثانية.

وكذلك لو قال لها فى هذه الحالة: أنت طالق للسنة، أنت طالق إذا طهرت فى الصورة الأولى، أنت طالق إذا حضت، وطهرت فى الصورة الثانية، لا يقع الطلاق، وإذا طهرت فى الصورة الأولى، أو حاضت وطهرت فى الصورة الثانية، فطلقها الوكيل، يقع الطلاق؛ لأنه صار وكيلا الآن، فالإيقاع حصل بحكم التوكيل فيقع.

١٦٢٨١- وإذا قال لغيره: إن تزوجت فلانة فطلقها فتزوجها، فطلقها الوكيل صح؛ لأن هذا تعليق الوكالة بشرط، وتعليق الوكالة بالشرط صحيح. وإذا وكل عبده بطلاق امرأته، ثم باع العبد، فهو على وكالته.

١٦٢٨٢- ويجوز التوكيل بالعتق، سواء كان العتق على مال أو على غير مال، وليس للوكيل أن يقبض المال إذا أعتق، ولا يقتصر التوكيل على المجلس، وهذا بخلاف ما لو قال لعبده: أعتق نفسك، فإن ذلك يقتصر على المجلس، والوكيل بالإعتاق مطلقًا لا يملك التدبير والكتابة والإعتاق على مال، وكذا لا يملك التعليق بالشروط والإضافة إلى الأوقات، ولا يبطل التوكيل بالعتق بتدبير المولى، أو استيلاده إياها؛ لأن بالتدبير والاستيلاد لا يعجز الوكيل عن الامتثال، ويبطل ببيع المولى إياه، فإن عاد إلى ملكه بعد البيع، فإن عاد إلى ملكه بما هو فسخ عادت الوكالة، وإن عاد بما هو فى حكم عقد جديد، لم تعد الوكالة، وكذا لو أسره العدو، وأدخلوه دارهم، ثم رجع إلى الموكل بملك جديد، لم تعد الوكالة.

ولو وكله بعتقها، ثم إن المولى أعتقها انعزل الوكيل، فإن ارتدت، ولحقت بدار الحرب فسبيت، ثم تملكها المولى القديم، فأعتقها الوكيل لم يصح؛ لأنه ملك جديد.

١٦٢٨٣- قال محمد فى "كتاب العلل": إذا وكّل الرجل رجلا بعتق عبد بعينه، فقال الوكيل: لأعتقته[١] أمس، وقد وكله قبل أمس، فإنه لا يصدق على ذلك من غير بينة، ولو كان ذلك فى بيع أو نكاح، أو عقد من العقود، فإنه يصدق، قال: ألا ترى أن فى الوكيل بالبيع والنكاح لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده جاز، وفى العتاق والطلاق لو فعل غير الوكيل ذلك، فأجازه لا يجوز، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكفينى يقول: بأن محمداً ذكر جواب مسألة العتق والنكاح والبيع فى كتاب الوكالة، كما ذكر فى "كتاب العلل". وكنا[٢] نقول: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع مسألة العتق أنه وكله اليوم، والوكيل يقول: أعتقه أمس، فيكون هذا دعوى الإعتاق قبل الوكالة، فلا يسمع ذلك منه، وموضوع مسألة البيع والنكاح إنه وكله قبل أمس، فيقول اليوم: بعته وزوجتها أمس، فيكون هذا دعوى للنكاح والبيع بعد الوكالة، فيسمع منه، ولو كان فى العتق هكذا، لكنا نقول: بأنه يقبل قوله، إلا أن محمداً ذكر مسألة العتق والطلاق مفسراً[٣] فى "كتاب العلل"، وقال: إذا وكله بعتق عبده، فقال الوكيل: أعتقته[٤] أمس، وقد وكله قبل أمس لا يصدق على ذلك.

وفرق بين الوكيل بالنكاح والبيع وبين الوكيل بالعتق والطلاق، فقال: ألا ترى أن فى الوكيل بالنكاح والبيع لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده جاز، وفى الوكيل بالعتق والطلاق، لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده لم يجز، وأراد بما قال، والله أعلم أن الوكيل فى الطلاق والعتاق رسول؛ لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر؛ لأن التوكيل لتفويض الرأى إلى الوكيل، وجعله بمنزلة المالك، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى والطلاق المفرد والعتاق المفرد، لا يحتاج فيهما إلى

---

(١) هكذا فى لفظ ظ، وكان فى بقية النسخ: "أعتقه".

(٢) وفى م: "ولكنا" فى الأصل: "وكان يقول".

(٣) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "مقيداً".

(٤) هكذا فى ظ وكان فى بقية: "أعتقه".

الرأى، فتعذر العمل بما يقتضى حقيقة الوكالة، فجعلناها مجازاً عن الرسالة؛ لأن الوكالة تضمن معنى الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل، فصار المأمور مأموراً بنقل عبارة الآمر، لا بشىء آخر، ألا ترى أن غيره لو باشر ذلك العقد[1]، وأجازه المأمور، لا يجوز؛ لأنه مأمور بالنقل، والإجازة ليس من النقل فى شىء، فكذا لا يملك الحكاية عن عتق وطلاق ماضٍ؛ لأن الحكاية ليست من النقل فى شىء، فأما فى النكاح والبيع العمل بحقيقة الوكالة ممكن؛ لأن البيع والنكاح مما يحتاج فيهما إلى الرأى، فاعتبر المأمور وكيلا، والوكيل بمنزلة المالك من حيث إن الرأى مفوّض إليه كما مفوّض إلى المالك، والمالك كان يملك مباشرة البيع أو النكاح، ويملك الإخبار عن بيع ونكاح ماضٍ، وكذا الوكيل يملك أيضًا، ألا ترى أن غيره لو باشر البيع أو النكاح، وأجازه هو جاز، كما لو أجازه المالك، فكذا إذا حكى عن نكاح ماضٍ، وعن بيع ماضٍ.

١٦٢٨٤- وفى "المنتقى" عن محمد: امرأة وكّلت رجلا أن يزوجها من شاء، فجاء من الغد، وقال: قد زوّجتك من هذا الرجل أمس، وصدقه ذلك الرجل، وقالت المرأة: ما زوجتنى، ولا تزوجنى من أحد، لا يصدق الوكيل فى ذلك -والله أعلم-.

١٦٢٨٥- وفى وكالة المختلفات للفقيه أبى الليث: وإذا وكله بأن يعتق نصف عبده، فأعتق كله لا يجوز، ولا يعتق شىء منه، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، ويعتق كله، ولو وكله أن يعتق كله، فأعتق نصفه، عتق النصف، وقالا: عتق الكل، وعن محمد: فى رجلين لكل واحد منهما عبد وكّلا رجلا واحدًا، وكله كل واحد منهما على حدة أن يعتق عبده، فقال الوكيل: أعتقت أحدهما ومات قبل البيان، فالقياس أن لا يعتق واحد منهما، وفى الاستحسان: يعتقان جميعًا، ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته، وجه القياس أن المأتى غير ما وكل به؛ لأنه وكله بإعتاق منجز، وإعتاق المجهول بمنزلة تعليق العتق بالبيان، وجه الاستحسان أن إعتاق المجهول اعتبر منجزًا فى حق المعتق، وإن كان تعليقًا فى حق المحل على ما عُرف فى موضعه.

١٦٢٨٦- وفى وكالة الأصل والمختلفات: إذا وكله أن يُطلق امرأته واحدة، فطلقها ثنتين لا يقع شىء عند أبى حنيفة، وعندهما تقع واحدة، وإذا قال لعبده: أعتق

(١) هكذا فى ظ، ف، م، وكان فى الأصل: "العتق".

نفسك بما شئت ، فأعتقه على دراهم ، فهو جائز إذا رضى به المولى ، وهذا لأن الواحد لا يصلح وكيلا فى العتق ممن الجانبين إذا لم يكن البدل مسمى ، فصار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ، ولو عدم التوكيل ، فقال العبد : أعتقت نفسى على كذا ، إن رضى به المولى جاز وإلا فلا ، وروى ابن سماعة عن محمد أنه يصلح وكيلا من الجانبين ، وإن لم يكن البدل مسمى ، وبعض مشايخنا صححوا رواية ابن سماعة ، ولو كان البدل مسمى فى هذه الصورة ، فقال العبد : أعتقت نفسى على كذا جاز ، ولا يشترط رضى المولى بعد ذلك .

١٦٢٨٧- ويجوز التوكيل باليمين بالطلاق ، قال الصدر الشهيد : استخرجته من مسألة فى باب من الطلاق الذى يكون من غير الزوج فى طلاق الجامع . وصورة تلك المسألة رجل قال لامرأة الغير : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، فأجاز الزوج ذلك ، فدخلت بعد الإجازة طلقت ؛ لأن اليمين تصرف يملك[1] الزوج مباشرته بنفسه وبنائبه ، فيتوقف على إجازته ، ولو دخلت الدار قبل الإجازة لا تطلق ، فإن عادت بعد الإجازة فدخلت الآن تطلق ؛ لأن تصرف الفضولى إنما يصير يمينًا بالإجازة مقصورًا على حالة الإجازة ، والأيمان تقتضى شروطًا فى المستقبل ، فيراعى وجود الشرط بعد الإجازة ، فقد أثبت حكم اليمين مقصورًا على حالة الإجازة ، وفرق بينه وبين البيع الموقوف على الإجازة ، فأثبت حكمه عند الإجازة من وقت العقد حتى قال : يثبت الملك للمشترى فى الولد والزيادة الحادثة فيما بين العقد والإجازة ، ذكره فى الباب الأول من غصب "الكافى" .

والفرق : وهو الأصل فى جنس هذه المسائل أن كل تصرف توقف حكمه على الإجازة ، فالأصل أن يجعل سببه معلقًا بالشرط ؛ لأن فى جعله سببًا من وقت وجوده تخلف الحكم عن السبب ، وإنه خلاف الأصل ، إلا أن التصرف الذى لا يحتمل التعليق بالشرط ، كالبيع ونحوه يجعل سببًا للحال ، ويجعل حكمًا متراخيًا إلى وقت الإجازة ، فعند الإجازة يثبت الملك من وقت مباشرة البيع ، أما التصرف الذى يحتمل التعليق يمكن تعليقه بالإجازة ، فيجعل معلقًا ، ويجعل عند الإجازة كأنه وُجد الآن ، واليمين تحتمل

(١) وفى الأصل : "يتملك الزوج بمباشرته بنفسه" .

التعليق بالشرط ، فجعلناها معلقة بالإجازة ، وصار من حيث المعنى كأنه قال لها بعد الإجازة : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإنما يثبت حكمه من هذا الوقت ، وكذلك الأمر باليد ونحوه من الفضولى إذا أجازه الزوج يثبت حكمه مقصوراً على وقت الإجازة حتى لا يقع الطلاق الموقع قبل الإجازة ، ويقع الطلاق الموقع بعد الإجازة .

١٦٢٨٨- وإذا وكل الرجل رجلا أن يخلع امرأته ، ووكلت المرأة ذلك الرجل أيضًا بالخلع ، إن كان البدل مسمى فى التوكيل ، جاز ، وتم الخلع بمباشرته ، فالأصل أن الواحد فى باب الخلع يتولى الخلع من الجانبين إذا كان البدل مسمى باتفاق الروايات ، وإذا لم يكن مسمى لا يتولى إلا فى رواية ابن سماعة عن محمد ، وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الطلاق فى فصل الخلع . وعلى هذا إذا وكلت المرأة زوجها أن يخلعها .

١٦٢٨٩- وإذا وكلت الذمية مسلمًا بخلعها من الذمى على خمر أو خنزير يجوز ، وليس هذا كالتوكيل بشراء الخمر والخنزير ؛ لأن الحقوق هنا لا ترجع إلى العاقد ، وهو الوكيل ؛ لأن الوكيل فى الخلع سفير ومعبّر ، والحقوق لا ترجع إلى السفير ، وإنما ترجع إلى من وقع العقد له ، وإنما قلنا : إنه سفير لوجهين : أحدهما : أنه لا يستغنى عن إضافة الخلع إلى المرأة لابد وأن يقول للزوج : خالع امرأتك ، وفى مثل هذا يعتبر الوكيل سفيراً ، كما فى باب النكاح ، والثانى : أن الموكل به مما لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ، وفى مثل هذا يعتبر الوكيل سفيراً كالوكيل فى باب النكاح .

١٦٢٩٠- قال فى "الجامع" : وإذا وكلت المرأة رجلا أن يخلعها من زوجها على ألف درهم ، فخلعها على ألف درهم من مال نفسه ، فإن قال للزوج : اخلعها بألف من مالى ، أو قال : بهذه الألف ، وأشار إلى ماله ، فإنه يخاطب الوكيل بأداء ألف درهم ، إما هذه الألف المشار إليها ، وإما ألف أخرى ؛ لأن ما يجب بالخلع على الوكيل يجب ابتداء بالخلع ، وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الطلاق فى مسائل الخلع ، فكان عقد الوكيل كعقد المرأة ، والمرأة لو خالعت من زوجها على ألف من مالها ، أو أشارت إليها يلزمها ألف درهم ، إما هذه الألف وإما ألف أخرى ، فكذا الوكيل بالخلع .

الفصل الثامن والعشرون
فى التوكيل بالصلح

١٦٢٩١- التوكيل بالصلح عن المال إرسال من وجه، وتوكيل من وجه؛ لأنه يشبه البيع والشراء من حيث إنه تمليك المال بالمال، ويشبه الخلع والعتق من حيث إن الصلح إسقاط من وجه، ولو كان كالبيع من كل وجه كان التوكيل به توكيلا من كل وجه، لا إرسالا حتى لو أراد الوكيل أن يجعل نفسه رسولا لا يقدر، ولو كان إسقاطًا من وكل وجه كالخلع والعتق على مال، كان التوكيل به إرسالا من كل وجه، لا توكيلا حتى لا يلزمه شيء من الحقوق، فإذا كان بينهما كان التوكيل به توكيلا من وجه وإرسالا من وجه.

وإذا كان التوكيل بالصلح عن المال توكيلا من وجه، وإرسالا من وجه، كان الوكيل بالصلح بالخيار، إن شاء جعل نفسه رسولا فى الصلح، فيضيف الصلح إلى الموكل، فيقول للمدعى: صالح فلانًا، فلا يلزمه بدل الصلح، وإن شاء جعل نفسه وكيلا، فيضمن بدل الصلح، فيقول: صالحتك على ألف على أنى ضامن، أو يقول: على ألف من مالى، يكون وكيلا فى هذه الحالة، حتى يكون هو الطالب ببدل الصلح.

١٦٢٩٢- وإن أضاف الصلح إلى نفسه: بأن قال: صالحتك على ألف، ولم يضمن بدل الصلح، ولم يضفه إلى مال نفسه، ولا إلى مال الآمر، بل أطلق الكلام إطلاقًا، يصير رسولا فى هذه الحالة، حتى لا يلزمه بدل الصلح. هكذا ذكر شيخ الإسلام، وفى شرح الشافى أنه يصير وكيلا، هذا إذا كان وكيلا بالصلح من قبل المدعى عليه، فإن كان وكيلا بالصلح من قبل المدعى، إن أضاف الصلح إلى الموكل، كان رسولا حتى لا يكون له حق قبض البدل، وإن أضاف الصلح إلى نفسه، إن قال: على أن أقبض البدل، كان وكيلا، ويكون له حق قبض البدل، وإن لم يقل ذلك، كان رسولا ولا يكون له قبض البدل.

١٦٢٩٣- الوكيل بالصلح من جانب المدعى عليه إذا ضمن بدل الصلح، أو أضاف الصلح إلى ماله حتى يلزمه بدل الصلح لو أدى، يرجع بما أدى على الموكل، وكذلك الوكيل بالخلع على هذا الوكيل بالنكاح إذا تزوج، وضمن المهر، وأدى لا يرجع على الزوج بما ضمن، وإن كان الضمان بغير أمر الآمر في الفصول كلها، وقد مر فصل الوكيل بالنكاح في كتاب النكاح، وفصل الوكيل بالطلاق في كتاب الطلاق.

١٦٢٩٤- الوكيل بالصلح عن دم العمد من جانب المطلوب بمنزلة الوكيل بشراء النفس، إن صالح على بدل هو مثل قيمة النفس، أو أقل من قيمة النفس، أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز بلا خلاف، وإن صالح على بدل هو أكثر من قيمة النفس، بحيث لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف.

١٦٢٩٥- والوكيل بالصلح من جانب الطالب عن دم العمد وكيل ببيع النفس إن صالح على بدل هو مثل قيمة النفس، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، يجوز بلا خلاف، وإن صالح على بدل أقل من قيمة النفس مقدار مالا يتغابن الناس فيه، فعلى الاختلاف، وإذا أقر وكيل المطلوب الدم عند القاضي أن الطالب يطالب موكله بحق، جاز إقراره عليه قياسًا، وفي الاستحسان لا يجوز إقراره عليه، ولا يقبل؛ لأن القصاص لا يستوفى الشبهات، وفي هذا شبهة.

١٦٢٩٦- والوكيل بالصلح لا يكون وكيلا بالخصومة؛ لأنها غيره، وإذا أقر على موكله لايصح؛ لأنه ليس بخصم، فلم يكن هذا إقرار خصم، وكذا إذا اشترى شيئًا وطعن فيه بعيب، ووكل رجلا بالصلح عن العيب، فأقر الوكيل أن المشترى أبطل العيب، ورضى به لايجوز إقراره على الموكل.

١٦٢٩٧- وكيل المدعى عليه بالصلح إذا وكل رجلا بالصلح، ولم يأمره الموكل بذلك نصًا، ولا قال له: ما صنعت من شيء فهو جائز، فصالح الوكيل الثاني المدعى، والموكل قد كان دفع المال إلى الوكيل، لم يلزم الموكل الأول، وله أن يسترد المال؛ لأنه ما رضى إلا بقول الأول، وإن لم يكن الموكل دفع المال، وصالح الوكيل الثاني، ودفع مال نفسه، لم يلزم الموكل الأول، وجاز على الموكل الثاني، وهو الوكيل الأول، وهو متبرع.

وكذلك لو كان وكل اثنين، ففعل أحدهما، أو أمره بالصلح بألف، فصالح بألفين أو مائة دينار، أو عرض أو كيلي أو وزني من مال الوكيل جاز على الوكيل، وهو متبرع، ولو صالح على أقل من ألف جاز على الموكل، ولو صالحه على كر شعير، أو دراهم، وقد كان وكله أن يصالحه على كر حنطة، فهو على الوكيل، وهو متبرع، ولو صالحه على كر حنطة وسط غير عين، وكان الموكل دفع إليه كر حنطة وسط، جاز على الموكل استحسانًا؛ لأنهما سواء، فلم يكن خلافًا.

١٦٢٩٨- وإذا ادعى رجل دارًا في يدى رجل، فوكل المدعى عليه رجلا ليصالح مع المدعى، ولم يسمّ له شيئًا، فهو بمنزلة الوكيل بالشراء، فيتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش، وإن كان وكيلا من جهة المدعى، فهو بمنزلة الوكيل بالبيع، فيتحمل منه الغبن الفاحش عند أبي حنيفة.

١٦٢٩٩- وإذا صالح وكيل المطلوب على عبد المطلوب، ولم يكن المطلوب سمّى شيئًا، جاز، والمطلوب بالخيار، إن شاء أعطى عين العبد، وإن شاء قيمته، وكذلك كل عين لا مثل له، وهذا لأنه لم يأمره بالصلح على هذا العين، فصار كالصلح على عبد الغير، والجواب ثمة كذلك، وهو كاستحقاق العين المسمى أنه يوجب القيمة، وإن صالحه على عين له مثل، فإن شاء المطلوب أعطى عينه، وإن شاء أدى مثله.

١٦٣٠٠- وإذا ادعى رجل عينًا في يدى رجل، فوكل المدعى عليه رجلا بالصلح مع المدعى، وأمره بالضمان، فصالحه على مال مؤجل وضمن، فهو للوكيل على الموكل مؤجلا؛ لأنه على الوكيل كذلك، وإن صالح على مال حال، فللوكيل على الموكل كذلك، وله أن يطالب الموكل قبل أن يؤدى هو بخلاف الكفيل حيث لا يرجع على المكفول عنه قبل أداءه؛ لأن هذا توكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يرجع قبل أداءه بنفسه.

١٦٣٠١- وإذا صالح الوكيل الطالب على مال على أنه على الموكل دون الوكيل صح؛ لأنه سكت عن هذا الشرط، كان كذلك؛ لأن الحقوق لا ترجع إلى الوكيل بالصلح، ولو إن الطالب وكل وكيلا بالصلح والقبض، فله القبض للإفصاح به، ولو

وكل الطالب رجلا يصالح المطلوب، والمطلوب[1] رجلا يصالح الطالب، فالتقى الوكيلان، واصطلحا جاز، ولم يكن خلافًا؛ لأن الصلح مع الوكيل صلح مع الموكل حكمًا، وكان وفاقًا لا خلافًا.

١٦٣٠٢- ولو كان دم الخطأ بين ورثة فوكل أحدهم بالصلح فى حصته، فصالح على دراهم وقبضها، فلسائرهم أن يشاركوه فيما قبض بالحصص؛ لأنه قبض ما هو حقهم جميعًا؛ لأن قتل الخطأ يوجب المال مشتركًا بينهم، وهذا بخلاف دم العمد إذا صالح منه أحدهم على مال وقبضه حيث اختص به.

١٦٣٠٣- ولو هلك المال فى المال الخطأ فى يد الوكيل، فهو كهلاكه فى يد الموكل، ولا يضمن الوكيل لهم؛ لأنه أمين لهم، ولهم أن يأخذ الموكل بحصصهم؛ لأنه[2] كأنه، قبضه بنفسه. وإذا قضى بالإبل فى الدية، فوكل الطالب وكيلا بقبضها، فقبضها واتفق عليها، فهو متبرع فى الإنفاق؛ لأنه لم يؤمر بالإنفاق، وإذا قضى بالدية من جنس، فقضى الوكيل من جنس آخر، لم يجز لمكان الخلاف.

١٦٣٠٤- وإذا وكل رجلا بالصلح فى شجة ادعيت عليه، وأمره بالضمان، فصالح الوكيل على أكثر من خمسمائة، فإن كانت الشجة خطأ جاز بخمسمائة، وبطل الفضل؛ لأنه مقدر شرعًا، فالفصل عليها يكون ربا، فلا يجب كما لو فعل الموكل بنفسه، ولو كانت عمدًا جازت[3] الزيادة بقدر ما يتغابن فيه؛ لأنها لا توجب المال شرعًا، فلا يكون ربا، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن فيها لم يجز بالإجماع؛ لأنه كالوكيل بالشراء، فيتقيد بالعُرف، فإن مات المشجوج، بطل الصلح فى الوجهين على قياس قول أبى حنيفة، والطالب على دعواه، وهى مسألة العفو عن الشجة أنه لا يكون عفواً عن السراية عنده، فكذا الصلح، فإن كان الوكيل صالح عن الجناية، ثم برأ من الشجة بطل الصلح عنده؛ لأن الصلح عن الجناية صلح عن النفس عنده، وظهر أنه لم يكن نفسًا وإن مات، فالصلح جائز على الوكيل خاصة إن ضمن؛ لأنه وكله بالصلح

---

(١) وفى ف: "والمطلوب وكل رجلا".

(٢) وفى ف: "لأنه كان قبضه بنفسه".

(٣) وفى الأصل: "فأجازت".

عن الشجة دون النفس، وقالا: جاز على الآمر برأ أو مات.

١٦٣٠٥- وكيل المشجوج بالصلح عن الموضحة إذا حط شيئًا عن الخمسمائة، فإن كان قدر ما يتغابن فيه يجوز إجماعًا، وإن كان قدر ما لا يتغابن الناس فيه، فالمسألة على الخلاف، كما في البيع بالبيع، وإن كان هذا الوكيل صالح منها، ومن جرح آخر مثلها، جاز على الموكل نصفها إذا استوى أرشاهما؛ لأنه وافقه في النصف، والباقي على الوكيل إن كان قد ضمن؛ لأنه خالف، فإن اختلف الأرش لزمه بحسابه إذا قسم البدل عليهما، والزيادة على الوكيل إذا ضمن، وإن وكله بالصلح في موضحة، وما يحدث منها، فصالحه من موضحتين، وما يحدث منهما، وضمن جاز على الموكل النصف، وعلى الوكيل النصف.

١٦٣٠٦- وإذا شجّ رجلان رجلا موضحة، فوكلا وكيلا يصالح عنهما، فصالح عن أحدهما بعينه على مائة درهم جاز، وعلى الآخر نصف الأرش؛ لأنه وكيل كل واحد منهما، فعن أيهما صالح يجوز، وإن صالح عن أحدهما ولم يبين جاز، والبيان إليه؛ لأن الإبهام كان منه، وكذلك إذا شجّ رجل رجلين ووكلا وكيلا بالصلح عنها، فصالح عن أحدهما بعينه جاز، وإن صالح عن أحدهما ولم يبين، فالصلح جائز، والبيان إليه.

١٦٣٠٧- وإذا شج حر وعبد رجلا موضحة، فوكل الحر ومولى العبد وكيلا، فصالح عنهما على خمسمائة، فعلى المولى نصفها وعلى الحر تصفها، وإن كانت قيمة العبد خمسين؛ لأن الصلح وقع عن الشجة، وهي منهما، وكذلك في دم الخطأ إذا وكل المولى والحر وكيلا، فصالح عنهما على عشرة آلاف درهم، فهي عليهما نصفان.

١٦٣٠٨- ولو قتل رجل حرًا وعبدًا، فوكل مولى العبد وولي الحر رجلا، فصالح مع القاتل، فهذه المسألة على أربعة أوجه: الأول: أن يكون كلاهما عمدًا وقيمة العبد خمسمائة، والصلح وقع على أحد عشر ألف درهم، وفي هذا الوجه يقسم البدل بينهما، يُضرب فيه ورثة الحر بعشرة آلاف درهم، ويضرب رقبة المولى بخمسمائة، فيصير على أحد وعشرين، وهذا لأن مال المولى قيمة العبد، وهي خمسمائة، ومال ورثة الحر دية الحر، وهي عشرة آلاف درهم، إلا أن الصلح إذا كان على قدر دية الحر

وقيمة العبد، أو كان فيه غبن يسير جاز بالإجماع، وإذا كان بغبن فاحش، فالمسألة على الاختلاف، كما فى الوكيل بالبيع.

ولو كان كلاهما خطأ، فلورثة الحر ههنا عشرة آلاف درهم؛ لأن الدية مقدرة بها، فالزيادة عليها تكون ربا، والباقى يكون لمولى العبد، ولو كان قتل العبد عمداً، وقتل الحر خطأ، فكذلك الجواب لورثة الحر عشرة آلاف درهم، والباقى لمولى العبد.

ولو كان قتل العبد خطأ، وقتل الحر عمداً، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانا عمدين؛ لأن الصلح على أكثر من الدية فى العمد جائز عندنا، ولو قتل عبد خطأ، فوكل مولاه رجلا بالصلح عنه، فصالحه على عشرة آلاف درهم جاز، ويرد المولى عشرة؛ لأن دية العبد لا تبلغ دية الحر[1]، بل تنقص عنها عشرة.

١٦٣٠٩- ولو فقئت عين العبد، فصالح عنها على ستة آلاف درهم، جاز عند أبي يوسف، ولو كان مكان فقئ العين موضحة، فصالح منها على ألف درهم جاز عند أبي يوسف، ولو صالحه عنها على عشرة آلاف درهم نقص منها أحد عشر درهماً جاز عنده، وعند محمد لا يجب فى فقئ العين إلا خمسة آلاف درهم غير خمسة دراهم، ولا يجب فى الموضحة إلا خمسمائة درهم غير نصف درهم محمد يعتبر ما دون النفس على النفس، وفى النفس يجب عشرة آلاف درهم إلا عشرة، والعين نصف النفس، فيجب فيها خمسة آلاف درهم إلا خمسة، وفى الموضحة خمسمائة، وهى[2] نصف عشر الدية، فينقص عنها نصف درهم، وأبو يوسف يقول: ما دون النفس فى العبد يسلك بها مسلك الأموال، حتى يجب موجبها فى مال الجانى، ولا يتحمله العاقلة، فيجوز الصلح بما سمى إلا إذا زاد على عشرة آلاف درهم، فينقص منها أحد عشر؛ لأن العبد لا يجب بقتله عشرة آلاف درهم، فكيف يجب بقطع طرفه عشرة آلاف درهم؟ وينقص[3] درهم آخر حتى لا يبلغ دية الطرف دية النفس.

١٦٣١٠- وإذا قال: وكلتك بشجتى، ولم يزد على هذا، فليس له أن يصالح

---

(١) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وف، وم: "المولى".

(٢) وفى م: "ومن نصف".

(٣) وفى م: "وانتقص".

عنها، ولا أن يعفو، ولا أن يخاصم فيها، ولو أخذ أرشها تامّا، فإن كانت الشجة خطأ، فالقياس أن لايجوز، وفى الاستحسان: يجوز، وهذا بناء على ما قلنا فى صدر الكتاب: إن مطلق التوكيل بالشيء توكيل بحفظ ذلك الشيء وعين الشجة لا تحفظ، فكان هذا توكيلا يحفظ ما وجب بها، وهو الأرش وحفظ الأرش بالقبض، ولو كانت الشجة عمداً، فليس له قبض أرشها.

الفصل التاسع والعشرون
فى البضاعة

١٦٣١١- قال محمد فى "الزيادات": وإذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم بضاعة ليشترى بها ثوبًا، أو قال: أثوابا، أو قال: ثلاثة أثواب صح؛ لأن البضاعة تدل على العموم، وتفويض الرأى، فكأنه قال: اشتر لى بهذه الألف أىّ ثوب شئت، أى ثلاثة أثواب شئت، ولو نص على ذلك يجوز، فكذلك ههنا، وكذلك إذا دفع إليه ألف درهم بضاعة، وقال: اشتر لى بها شيئًا جاز، لما ذكرنا.

ولو قال له: اجعل لى من مالك بضاعة ألف درهم، فاشتر لى بها شيئًا، ففعل كان جائزًا، وأى شىء اشترى، فهو للآمر، وهذا لأنه لما أمره أن يجعل له من ماله بضاعة ألف درهم، فقد استقرض منه ألف درهم ليكون بضاعة فى يديه، فإذا تم الإقراض كان بمنزلة مال دفعه إليه بضاعة، وهناك كان الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

فإن قيل: تمام الإقراض يكون بالقبض ولم يوجد القبض هنا من المستقرض؟

قلنا: ليس الشرط قبض المستقرض لا محالة، ألا ترى أنه لو قال لغيره: أطعم عنى عشرة مساكين، ففعل جاز، وصار الآمر مستقرضًا، وإن لم يوجد منه القبض، وناب قبض المساكين عن استيفاءهم لأنفسهم، وعن قبض الآمر كذا ههنا ينوب قبض الذى يبيع من المستبضع عن استيفاءه لنفسه، وعن قبض الآمر المستقرض.

١٦٣١٢- ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة جاز، ويصير مأذونًا بالشراء، ولو قال: خذ هذا الثوب بضاعة جاز، ويصير مأذونًا بالبيع، وهذا لأن البضاعة تفويض الآمر إلى رأى المتصرف فى المال المدفوع غير أن التصرف فى الدراهم عادة يكون بالشراء بها، والتصرف فى الثياب عادة يكون بالبيع، ومطلق الأمر ينصرف إلى المعتاد، ثم فى الثوب ينفذ بيعه بما عزّ وهان، وبأى ثمن كان عند أبى حنيفة، وعندهما: ينفذ بيعه إلا بالدراهم والدنانير بما يتغابن الناس فى مثله، وفى الدراهم لا ينفذ شراءه على الآمر إلا

بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس فى مثله.

١٦٣١٣- ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة، واشتر لى بها، وبع لعل الله يرزقنى شيئًا، كان جائزًا، وله أن يشترى بها ويبيع؛ لأنه فوّض إليه البيع، كما فوّض إليه الشراء، وبين بقوله: لعل الله يرزقنى شيئًا أن مقصوده الاسترباح لا تحصيل الأعيان، فكان هذا والمضاربة سواء.

١٦٣١٤- ولو قال رجل لغيره: إنى أريد أن آتى مصرًا، فاشترى الرقيق والثياب، فقال له رجل: خذ هذه الألف بضاعة لى، أو قال: اجعل لى من مالك بضاعة ألف درهم كان جائزًا، ويصير مأذونًا بشراء الرقيق والثياب، ويصير ما تقدم من الكلام دليلا على إرادته شراء هذه الأشياء، وقد ذكرنا أن المطلق يتقيد بدلالة الحال وبدلالة الكلام.

سأل فى الكتاب على نفسه سؤالا، فقال: كيف يصير مأذونًا بشراء هذه الأشياء؟ وأن البضاعة قد تكون على غير المال، ومعنى هذا الكلام: أن الإنسان كما يدفع المال بضاعة ليكون المتصرف هو يدفع بضاعة ليذهب به إلى غيره ليكون المتصرف ذلك الغير، فلماذا يصير مأذونًا بالتصرف بكلام محتمل؟

ثم أجاب، فقال المعتاد: من اسم البضاعة عند الإطلاق عادة ما ذكرنا وما ذكرتم لا يراد من اسم البضاعة عند الإطلاق عادة، ومطلق الكلام يحمل على المعتاد إلا إذا وجد المغير حتى لو وجد المغيّر بأن قال: خذ هذه الألف بضاعة إلى فلان، كان رسولا، ولا يصير مأذونًا بالتصرف.

واستدل فى الكتاب بمسائل لبيان أن مطلق الكلام يتقيد بالدلالة، ويتغير بالمغيّر، فمنها أن الرجل إذا قال لغيره: خذ هذه الألف بضاعة إلى مكة، صار مأذونًا بالتصرف، ولو قال: إلى فلان بمكة كان رسولا، ومنها إذا قال لغيره: إنى أريد الخروج إلى الرى، فقال له: ذلك الغير إنى أريد أن أبعث إلى فلان معك ألف درهم، فخذ هذه الألف بضاعة، كان رسولا، وتغير حكم قوله خذ هذه الألف بضاعة بما سبق من المقدمة.

ولو قال ابتداءً: خذ هذه الألف بضاعة صار مأذونًا بالتصرف فيها، ومنها أن من قال لغيره: إنى أريد أن تشترى لى الطيالسة، فخذ هذه الألف بضاعة، صار مأذونًا

بشراء الطيالسة لا غير، اعتباراً لما جرى بينهما من المقدمة .

ولو قال ابتداءً: خذ هذه الألف بضاعة، صار مأذونًا بشراء الطيالسة وغيرها، ولو قال : خذ هذه الألف بضاعة فى حوائجى، كان باطلا ؛ لأنه الحق بآخر كلامه ما يمنع تفويض الأمر إلى رأيه على سبيل العموم، وهو قوله فى حوائجى، فاقتصرت البضاعة على حوائجه، وحوائجه مما لا يقف عليها غيره، ولم يقدر المستبضع على تحصيل مقصوده، والامتثال بما أمر به، فمنع صحة الأمر، فقال فى الكتاب : ألا ترى أنه لو قال خذ هذه الألف بضاعة على أن تشترى لى بها ما أريده، كان باطلا، وطريقه ما قلنا .

١٦٣١٥- ولو قال : خذ هذه الألف بضاعة إلى الرىّ فى الثياب، أو قال : فى الرقيق، أو قال : فى الطعام، فاشترى المستبضع بجميع المال ما أمر به، ثم حمل ذلك، وأنفق من ماله حتى أتى به صاحبه، كان متطوعًا فى ذلك، وكان الشراء جائزاً على رب المال، وإنما كان متطوعًا ؛ لأنه لو لم يكن متطوعًا كان مستدينًا على رب المال، وليس له هذه الولاية بغير أمره .

١٦٣١٦- ولو اشترى ببعض المال ما أمر به وحمل ذلك بباقى المال، فأنفق حتى أتى به صاحبه، فهو جائز لانعدام الاستدانة على رب المال .

وههنا نوع إشكال وهو : أن المستبضع إن كان مأموراً بالشراء بكل المال، فإذا اشترى بالبعض يصير مخالفًا، فينبغى أن لا ينفذ على الموكل، وإن كان مأموراً بالشراء بالبعض، فإذا اشترى بالكل أيضًا، يصير مخالفًا، فينبغى أن لا ينفذ على الموكل .

والجواب : أن يقول المالك : أمره أن يحصل له هذه الأشياء فى مصر عوضًا عما دفع إليه، ولذلك طريقان : أحدهما : أن يشترى بالكل، ويحمل وينفق من مال نفسه متبرعًا، وهذا أحسن، والثانى : أن يشترى بالبعض، ويحمل بالباقى، وكل ذلك معتاد فيما بين الناس، فأى طريق باشره، كان ذلك بأمر رب المال، فلهذا نفذ عليه .

فإن قيل : البضاعة كانت فى الثياب والرقيق، واستئجار الدواب للحمل والإنفاق ليس من شراء الرقيق فى شىء، فلماذا ملك المستبضع ذلك فى الوجه الثانى؟

قلنا : إنما ملك المستبضع ذلك ؛ لأنه لابد له منه فى شراء الرقيق، وتحصيله فى مصر صاحب المال، والأمر بالشىء يكون أمرًا بما لابد لذلك الشىء منه .

١٦٣١٧ - قال : وإن كان رب البضاعة أمره أن يشترى له هذه الأشياء فى المصر الذى هو فيه ، فاشترى بالبعض ، وأنفق البعض حتى حملها إلى منزل صاحب المال ، جاز ذلك على صاحب المال ، وهذا ظاهر ، وأما إذا اشترى هذه الأشياء بجميع المال فى المصر ، وأنفق من مال نفسه حتى حملها إلى منزل صاحب المال ، القياس أن يكون متطوعًا لما مر ، وفى الاستحسان : يرجع على رب المال ، فعلى جواب الاستحسان فرق بين الشراء فى مصره ، وبين الشراء فى مصر آخر .

والفرق من وجهين : أحدهما : أن فى المصر الإذن بالنقل ثابت دلالة ، فإن الإنسان لايشترى الشىء فى مصره فى موضع ليتركه فى ذلك الموضع ، وإنما يشترى لينقل إلى منزله ، فيصير إذنًا له بالنقل لا محالة ، فيصير إذنًا له بما لابد منه فى النقل ، فأما الشراء فى مصر آخر قد يكون للنقل ، وقد يكون للترك ثمة ؛ ليبيعه ثمة ، والعادة الظاهرة هو الترك ، فلا يصير إذنًا له بالنقل لا محالة ؛ ليصير إذنًا بما لابد منه فى النقل .

الفرق الثانى : أن المؤنة هنا تقل ، فلو لم يصر متطوعًا لما يلحق[1] رب المال كثير ضرر ، وثمة المؤنة تكثر ، فلو لم يصر متطوعًا يلحق رب المال كثير ضرر ، فلهذا افترقا .

١٦٣١٨ - قال : ولو اشترى المستبضع ببعض المال هذه الأشياء ، وأمسك الباقى للإنفاق والحمل ، فلم ينفق حتى مات صاحب المال ، ثم أنفق ، فإن كان يعلم بموته ، فهو ضامن لما أنفق ؛ لأن بموته انعزل حكمًا لانتقال الملك إلى الورثة ، فيصير منفقًا مال الورثة على رفيقهم بغير أمرهم ، فيضمن ، وإن لم يعلم بموته ، القياس أن يصير ضامنًا لما ذكرنا أن بموته قد انعزل ، وهذا عزل حكمى ثبت لانتقال الملك إلى الورثة ، فيستوى فيه العلم وعدم العلم ، وصار كالوكيل ببيع العبد إذا أعتق الموكل العبد ، فإنه ينعزل ، وإن لم يعلم بإعتاقه ، وكذا الوكيل بالشراء إذا لم يشتر حتى مات الموكل ، فإنه ينعزل ، وإن لم يعلم بموته ، وفى الاستحسان قال : لا يضمن ، ولا ينعزل ما لم يعلم بموته ؛ لأنه لو انعزل وضمن يلحقه كثير ضرر ، فإنه لا يملك شيئًا بمقابلة ما يؤدى من الضمان ، ويصير سببًا لتقاعد الناس عن قبول البضاعات ، وفيه من الحرج ما لا يخفى على أحد ، بخلاف مسألة الوكيل بالبيع ؛ لأنه لو انعزل لا يلحقه الضرر أصلا ، وبخلاف الوكيل بالشراء ؛

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وفى وم : "لا يلحق" .

لأنه لو انعزل لا يلحقه كثير ضرر ؛ لأنه يملك ما اشترى بمقابلة ما يؤدى من الضمان ، فلم يتوقف العزل على علمه ، أما ههنا بخلافه .

ولو أن المستبضع لم يشتر بالمال شيئًا حتى مات رب المال ، ثم اشترى ، فإنه يضمن علم بموته أو لم يعلم ؛ لأن القياس فيما تقدم من الوجوه الضمان ، لكنا تركنا القياس فيما تقدم فيما إذا لم يعلم بموته كيلا يلحق المستبضع كثير ضرر ، وههنا لا يلحقه كثير ضرر لو ضمن ؛ لأنه يملك ما اشترى بمقابلة ما يؤدى من الضمان ، فبقى على أصل القياس .

ثم فى مسألة البضاعة : إذا علم بموت رب المال ، أو علم بالنهى ، وخاف الضيعة على الرقيق لو لم ينفق عليهم ، رفع الأمر إلى القاضى ليأمره بما رأى المصلحة فيه من البيع ، وإمساك الثمن على الغائب ، أو الإنفاق عليهم بما بقى من المال فى يد المستبضع ؛ لأن هذا مال غائب عجز هو عن النظر فيه بنفسه ، والقاضى ينصب ناظرًا لكل من عجز عن النظر بنفسه ، ولكن لا يأمره بشىء ما لم يقم البينة عليه ؛ لأنه يدعى ثبوت الولاية للقاضى فى هذا المال ، والقاضى لا يعرف سببه ، فلا يعتمد مجرد دعواه .

توضيحه : أنه متهم فيما يدعى لجواز أن الرقيق كان فى يده غصبًا ، فإذا احتال بهذه الحيلة ليأمره القاضى بالبيع ، فيخرج نفسه عن عهدة الضمان ، أو يأمره بالإنفاق ، فيستوجب الرجوع بذلك على المالك ، فيسأله بينة على ما ادعى نفيًا للتهمة ، ودفعًا للحيلة ، وهو نظير ما قلنا : فى دواب الوديعة فى يد المودع وصاحبها غائب ، وخاف المودع الضيعة عليها يرفع الأمر إلى القاضى ؛ ليأمره بما رأى المصلحة ، ولكن لا يأمره بشىء ما لم تقم البينة عليه ، كذا ههنا ، فإن لم تكن له بينة ، فرأى القاضى أن يأذن[1] له ، فيقول : إن هذا الرجل ذكر كذا كذا ، فإن كان الأمر على ما قال ، فقد أذنت له بالإنفاق عليه ، أو فى بيعه كان جائزًا ؛ لأن البينة فى هذه الصورة إنما شرعت نفيًا للتهمة ، ودفعًا للحيلة ، وإذا قيد الأمر بكونه صادقًا ، فقد انتفت التهمة ، واندفعت الحيلة ، فلهذا كان جائزًا .

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وفى وم : "أن يشهد" .

الفصل الثلاثون
فى المتفرقات

١٦٣١٩- الوكيل بالشراء إذا أخذ السلعة على سوم الشراء، وسمى الثمن، فأراها الموكل، فلم يرضَ بها، وردها على الوكيل، فهلكت عند الوكيل، ضمن الوكيل قيمتها للبائع، وهل يرجع الوكيل على الموكل، ينظر إن أمره الموكل بالأخذ على سوم الشراء، يرجع، وإن لم يأمره لا يرجع.

١٦٣٢٠- فى "فتاوى الفضلى": الوكيل بالطلاق إذا طلق فى حال سكره، ذكر فى "فتاوى أبى الليث": أنه لا يقع الطلاق، قال الفقيه: وهذا خلاف قول أصحابنا؛ لأن التوكيل بالطلاق تعليق الطلاق بلفظ الوكيل، ومن قال لغيره: إن قلت لامرأتى: أنت طالق، فهى طالق، ثم سكر ذلك الغير، فقال لها: أنت طالق، يقع، كذا هنا.

١٦٣٢١- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل أمر عبده أن يبيع نفسه من رجل ففعل، فهو جائز، وليس له قبض الثمن، والمولى هو الذى يقبض، قال: ألا ترى أن رجلا لو أمر عبده أن يبيع هذا الثوب من فلان ففعل، ثم إن المولى باع عبده لم يكن للعبد أن يقبض الثمن، وللمولى أن يقبضه.

١٦٣٢٢- رجل له حنطة فى يدى رجل أمر صاحب الحنطة الذى فى يديه الحنطة أن يتصدق على فلان من تلك الحنطة كذا قفيزًا، ثم إن المتصدق عليه أمر الوكيل أن يبيع تلك الحنطة قبل أن يقبضها، فباعها الوكيل، لا يجوز؛ لأن الحنطة إنما تصير مملوكة للمتصدق عليه بالقبض، فقبل القبض تكون الحنطة على ملك المتصدق، فإذا باعها الوكيل قبل قبض المتصدق عليه، فقد باع حنطة المتصدق، والمتصدق أمره بالصدقة، أما ما أمره بالبيع فلا يجوز بيعه إلا بإجازة من المتصدق.

١٦٣٢٣- وفى "الأصل": إذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له جارية بألف درهم، فاشترى الوكيل جارية، وبعث بها إلى الآمر، فوطئها الآمر، فولدت منه، ثم إن

الوكيل جاء بخبر أنه اشتراها بألفين، فالمسألة على وجهين: الأول: أن يقول الوكيل عند البعث: هذه الجارية التى كنت أمرتنى بشراءها، وقد اشتريتها لك، وفى هذا الوجه لا يكون مصدقًا فى الألفين، ولاتقبل بينته على ذلك، وإن لم يقل شيئًا عند البعث، فهو مصدّق فيما ادعى من الألفين، وأخذ الوكيل عين الجارية وأخذ عقرها وقيمة الولد؛ لأنه ولد المغرور، فيكون حرّا بالقيمة.

١٦٣٢٤- وفى "فتاوى أبى الليث": رجل دفع إلى رجل دراهم، وأمره أن يشترى له بها حنطة ويزرعها، ودفع إليه عشرة أخرى أجرًا له، فاشترى الوكيل حنطة، فزرعها فى وقت لم يخرج زرعه شيئًا، فهذا على وجهين: الأول: أن يشترى الحنطة فى أوان الزراعة ويزرعها فى غير أوان الزراعة، وفى هذا الوجه نفذ الشراء على الآمر، وضمن الوكيل حنطة للآمر مثل حنطته بالزراعة فى غير أوانه.

الوجه الثانى: أن يشترى الحنطة فى غير أوان الزراعة، وفى هذا الوجه ينفذ الشراء على الوكيل؛ لأنه صار مخالفًا، وضمن الوكيل ثمن الحنطة للموكل -والله أعلم-.

١٦٣٢٥- وفى "المنتقى": قال أبو حنيفة[1]: ولو أن رجلا أمر رجلا أن يشترى له عبدًا، وسمى جنسه وصفته وثمنه، فاشترى الوكيل عبدين بتلك الصفة بثمن واحد، ونوى أحدهما بعينه للآمر، وأشهد على ذلك، فإنه لا يلزم ذلك البيع للآمر، وقال أبو يوسف: إن كان يصيبه[2] من الثمن مثل ما سمى الآمر، أو كان أقل، وكان مثله يشترى بمثل ما سمى، جاز على الآمر، وإن كان نصيبه[3] أقل مما سمى من الثمن، وكان إذا زال ذلك النقصان اشترى خبزًا منه، لم يلزمه، قال: وهذا كرجل أمر رجلا أن يشترى له عبدًا بألف درهم، وسمى جنسه وصنفه، فاشترى عبدًا على تلك الصفة بتسعمائة، ينظر فى ذلك، فإن كان إذا زاد مائة، اشترى خيرًا منه لم يجز هذا عليه، وإن كان لا يشترى إلا مثله جاز عليه.

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "أبو محمد".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "نصيبه".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "نصيبه".

١٦٣٢٦- وفيه أيضًا: الوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه، وقبض المشترى، ودفعه إلى الآمر، وأخذ منه ثمنه، ثم استحق المشترى من يد الآمر، فأراد الآمر أن يرجع بالثمن على المشترى قبل أن يقبض المشترى الثمن من البائع، فليس له ذلك من قبل أن المشترى أمينه ووكيله، فلا يكون عليه الضمان، ولو لم يكن الآمر نقده الثمن، كان للوكيل أن يأخذه به، فإذا قبضه من البائع رده عليه.

١٦٣٢٧- وفيه أيضًا: رجل أمر رجلا أن يشترى له ثوبًا مسمى بدراهم دفعها إليه، فاشترى الوكيل ذلك، ونقد الدراهم، ثم إن البائع رد تلك الدراهم على الوكيل، وقال: إنها زيوف، وصدّقه الوكيل أو كذّبه وأنكر الآمر أن تكون دراهمه، فإن للوكيل أن يردها على الآمر، والقول قول البائع فى ذلك، وكذلك الدنانير، قال: وليس العرض هكذا.

١٦٣٢٨- وفيه أيضًا: لو وكل رجلا أن يشترى له ثوبًا هرويا بعشرة، فاشترى ثوبين هرويين له بعشرة، وكل واحد منهما يساوى عشرة، قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع فى واحد منهما؛ لأنى لا أدرى أىّ ثوب أعطيه بحصته[1] من العشرة، ولأن القيمة لا تعرف إلا بالحرز والظن، وكذلك قال أبو يوسف. ولو أمره بشراء ثوب هروى بعينه لزمه ذلك بحصته من العشرة، وكذلك لو كان أمره بكر حنطة بعينه.

١٦٣٢٩- الوكيل بالبيع إذا قال: بعته من رجل لا أعرفه، وسلمته إليه، ولم أقدر عليه، أفتى ظهير الدين المرغينانى أنه يضمّن الوكيل، وعلل، فقال: لأنه ليس له أن يسلم قبل قبض الثمن، والجواب صحيح، أما العلة فغير صحيحة، فإن للوكيل أن يسلم المبيع قبل قبض الثمن مع نهى الموكل إياه عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن، فبدون النهى أولى.

١٦٣٣٠- الوكيل بالبيع إذا دفع المبيع إلى رجل ليعرضه على من أحب، فهرب ذلك الرجل، وذهب بالمبيع أو هلك المبيع فى يده، فالوكيل ضامن، وحكى فتوى نجم الدين النسفى أنه لا ضمان على الوكيل؛ لأن هذا من ضرورات البيع، والأول أصح، إذ ليس للوكيل تسليم المبيع قبل البيع إلى أحد.

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "بحصة".

١٦٣٣١- الوكيل بالبيع إذا أنكر قبض العين، ثم أقر وباع، فقد قيل لا يصح البيع؛ لأنه صار غاصبًا، وهذا ليس بصواب؛ لأن الغصب لا ينافى التوكيل، ألا ترى أن المغصوب منه لو وكل الغاصب بالبيع يصح حتى لو باع بعد ذلك نفذ بيعه، وذكر محمد فى كتاب الوكالة: الوكيل ببيع الثوب إذا سلم الثوب إلى القصار ليقصره، فإن رجع الثوب إلى الوكيل، برئ عن الضمان، حتى لو هلك بعد ذلك لا يضمن شيئًا، ولو باع الوكيل الثوب بعد ذلك جاز؛ لأنه لا ينعزل بالخلاف من حيث الفعل، فهذه المسألة دليل على أن القول بعدم صحة البيع فى المسألة المتقدمة ليس بصحيح، ثم قال: والثمن كله للموكل، لا يكون للوكيل بإزاء القصارة شيء، ولا يكون له أن يأخذ من الموكل أجر القصارة، والذى يشهد للقول الأول ما روى المعلى عن أبى يوسف فى رجل دفع إلى رجل عبدًا ليعتقه، فلم يعتقه حتى سأله مولى العبد، فجحد أن يكون دفع إليه العبد، ثم أعتقه، فإعتاقه باطل، وعلل فقال: لأنه حين جحده، فقد خرج عن الوكالة.

١٦٣٣٢- وعنه أيضًا: رجل دفع إلى رجل طستًا، وأمره ببيعه، فهشمه الوكيل، ثم باعه، فإن كان هشيمًا[1] يقضى للآمر على الوكيل بالنقصان، فبيعه جائز على الآمر، وإن كان هشيمًا[2] يقال للآمر: أعطِه الطست، وخذ قيمته، فبيعه على الموكل باطل.

١٦٣٣٣- وإذا وكل الرجل رجلا وأعطاه طعامًا، وقال: بع كل كر منه بخمسين درهمًا، فباع كل الطعام كل كر بخمسين درهمًا يجوز، وإن لم يكن مقدار الطعام معلومًا، وهذا مشكل على قول أبى حنيفة؛ لأن عنده إذا باع كل قفيز من هذا الصبرة أو من هذا الطعام، ولا يعرف منتهى الطعام، يجوز البيع فى قفيز واحد، ولا يجوز فيما زاد على ذلك، وههنا جوّز الوكالة بالبيع فى جميع الطعام، من مشايخنا من قال: مسألة التوكيل على قياس مسألة البيع، حتى لا يجوز التوكيل إلا فى كر واحد عند أبى حنيفة، ولئن[3] جاز فى الكل عنده، فتأويله أن الطعام معلوم القدر، ومنهم من قال: لا يجوز التوكيل فى الكل، وإن لم يكن مقدار الطعام معلومًا عند أبى حنيفة، وإليه ذهب شيخ

---

(١) فإن كان هشيما أى يسيرًا.

(٢) وإن كان هشيما، أى فاحشًا.

(٣) وفى م: "ومن أجاز".

الإسلام، وفي "المنتقى": إذا أمره أن يشترى له عبداً بألف درهم نسيئة، قال: أستحسن في النسيئة أن لا يكون أقل من شهر.

١٦٣٣٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل دفع إلى رجل ثوبًا، وقال: بعه لي، فباعه ولم يقبض الثمن حتى لقي الآمر، وقال: بعت ثوبك من فلان، وأنا أقضيك عنه، فقضاه عنه ثمن الثمن، قال: هو متطوع، وقال: لا يرجع على المشترى بشيء، ولو كان قال: أقضيك عنه على أن يكون المال الذي على المشتري لك لي، لم يجز؛ لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين، ورجع بما أعطاه، يعني الوكيل يرجع على الموكل بما أعطاه، وكان المال على المشتري على حاله يقبضه منه، يعني الوكيل يؤدي إلى الموكل.

١٦٣٣٥- ولو أن الوكيل باع من صاحب الثوب عرضًا بدراهم مثل وزن تلك الدراهم التي له على مشتري الثوب، ثم قال له: اجعل هذه الدراهم قصاصًا بما لك على فلان، ولم يقل على أن ما لك على فلان لي، فهذا جائز، وهو مؤدّ عن فلان متطوعًا، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل أمر رجلا أن يبيع عبده بألف درهم، فباعه ودفع الوكيل من عنده ألف درهم إلى مولى العبد أنه لا يكون متطوعًا، وهذه الرواية بخلاف ما روى عن محمد.

١٦٣٣٦- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد أيضًا: رجل وكل رجلا بقبض ألف درهم له على فلان، وبالخصومة فيها، فأقام بينة على الوكالة عند القاضي، فأمر القاضي الذي عليه المال بدفع المال إلى الوكيل، ثم مات الموكل، ولم يعلم المديون موته، فدفع المال إلى الوكيل مع علمه بذلك، لم يكن له أن يضمن الوكيل. وقال محمد بعد ذلك: له أن يضمّن الوكيل؛ لأنه إنما دفع على ما قضى القاضي به على الوكالة.

١٦٣٣٧- الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه، ولم يعلم الموكل به، أو أعتقه، أو دبره، أو استحق، أو ظهر حريته، ثم باعه الوكيل، ولم يعلم بشيء من ذلك، وقبض الثمن، وهلك عنده، كان للمشتري أن يضمّن للوكيل الثمن، ورجع الوكيل بذلك على الآمر؛ لأن الآمر غرّ الوكيل إذا لم يبين له ذلك.

١٦٣٣٨- ولو مات العبد، ثم باعه الوكيل، وضمن الوكيل الثمن للمشترى، لم يرجع على الآمر؛ لأن الوكيل قد خرج عن الوكالة، وخرج الآمر عن الأمر والغرور، وكذلك لو مات الآمر.

١٦٣٣٩- الوكيل ببيع الجارية إذا باعها بألف كما أمر به، وتقابضا، فادعى المشترى بعد ذلك أنه اشتراها على أنها كاتبة، أو خبّازة، أو على أنها بكر، ولم يجدها كذلك، وكذبه البائع، وصدقه الآمر، لم ينقض البيع بإقرار الآمر. ولو ادعى المشترى أن البائع شرط له خيار ثلاثة أيام، وأنه قد نقض البيع، وهو نقض البيع، وهو فى الثلث، فجحد البائع أن يكون شرط له خيار، وأقر به الآمر، قضى القاضى[1] برد الجارية على الآمر، وأخذ المشترى الثمن من الآمر، وكذلك لو لم يقبض المشترى الجارية حتى وجدها ثيبًا، فقال المشترى: شرط لى البائع أنها بكر، فوجدتها ثيبًا، فلا حاجة لى فيها، وقد نقضت البيع، وكذبه البائع فيما ادعى من الشرط، وصدقه الآمر فى ذلك، فالجارية للآمر، يقضى له بها، ويأخذ المشترى الثمن من الآمر، وكذلك إذا ادعى قبل القبض أنه شرط أنها خبّازة أو كاتبة، ولم يجدها كذلك؛ لأن المشترى إذا نقض البيع فى الخيار، أو فى بعض ما وصفنا من الشروط قبل القبض، انتقض البيع، وإن لم يحكم به حاكم، ورجع ملكها إلى الآمر، فلذلك صار خصمًا.

١٦٣٤٠- وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل وكل رجلا أن يشترى له عبد فلان بألف درهم، فجاء الوكيل إلى البائع، فطلب منه البيع، فقال البائع: بعت عبدى من فلان، يعنى الموكل بألف درهم، فقال الوكيل: قبلت، لا يلزم العبد الموكل؛ لأن الموكل رضى ببيع تكون العهدة على الوكيل، لا عليه، ولو نفذ البيع على الموكل فى هذه كانت العهدة عليه.

١٦٣٤١- وإذا وكل الرجل رجلا بقبض كل حق عرف له والخصومة، فهذا جائز، ويدخل فيه الديون والعارية والوديعة، وكل حق يملكه الموكل، ولا يملك أخذ النفقة إن كان التوكيل من المرأة؛ لأنه لا يملكها الموكل، هكذا ذكره الصدر الشهيد فى "الفتاوى الصغرى"، ووجها أن النفقة ليست حق المرأة قبل القبض مطلقًا، ألا ترى أنه

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "قال القاضى: يرد الجارية على الآمر... إلخ".

يسقط بالموت.

١٦٣٤٢- وفى "المنتقى": رجل أمر رجلا أن يشترى له كر حنطة بمائة درهم من ماله، ففعل ولم يقدر على الآمر، فرفع الأمر إلى القاضى، فالقاضى يبيعه، ويضع الثمن على يد المأمور وديعة عنده للآمر، ولا يدفع إليه قضاء بالثمن الذى اشترى له به الكر. قال: وليس هذا كالبائع إذا غاب المشترى قبل نقد الثمن، ولا يعلم مكانه، والمبيع فى يد البائع، ورفع الأمر إلى القاضى، فالقاضى يبيع المبيع، ويوفى البائع حقه من ثمن المبيع.

١٦٣٤٣- وفى الفتاوى: رجل وكل رجلا بقبض وديعة له من فلان، وجعل له على ذلك أجرًا مسمّى يجوز، وإن وكله بتقاضى دينه من فلان، أو بالخصومة معه، وجعل له على ذلك أجرًا، لم يجز إلا أن يوقت. وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل أقر أن أمة له قد أبِقت، ثم أمر رجلا لم يعلم بإقراره بالعيب، وقال: بعها مأمونة غير آبقة، ففعل وتقابضا، ثم علم المشترى بذلك الإقرار، فأراد أن يردها بذلك الإقرار، فإن ذلك الإقرار يجوز على الوكيل إذا كان الثمن قائمًا عنده، أو عند الموكل، فدفعه إلى البائع؛ لأنه لا ضرر على الوكيل فيه، وإن أبى الآمر أن يرد الثمن، أو كان معسرًا، أو كان الثمن قد ضاع من يد الوكيل، لم يؤخذ الوكيل بالثمن بذلك الإقرار؛ لأن فى هذا ضررًا يلحق الوكيل، فإن رضى الآمر والبائع أن ينقضا البيع، ويدفع البائع العبد إلى الآمر، ويبيعه الآمر بالثمن، فذلك جائز منهما -والله أعلم-.

١٦٣٤٤- وفى وكالة "المنتقى" قال محمد: رجل له على رجل ألف درهم، فدفع إليه رجل عبدًا، وقال: بعه من فلان بالألف التى له عليك، ففعل، كان لصاحب العبد على هذا المأمور ألف درهم، ولو قال له: صالح فلانًا من الألف التى له عليك على هذا العبد، ففعل كان لرب العبد على هذا المأمور قيمة العبد -والله أعلم-.

١٦٣٤٥- وفى "المنتقى": وللمديون أن يمتنع عن قضاء الدين إلا بمحضر من الموكل إذا كان حاضرًا، وإذا كان غائبًا، أجبر عليه.

١٦٣٤٦- وفى "المنتقى" عن الحسن: إذا قال الموكل بالبيع للمشترى: لا تدفع ثمن العبد إلى الوكيل، لم يجز أن يدفعه بعد ذلك، وضمنه القابض، وإذا كان الدين

بين رجلين، وكل أحدهما وكيلا بقبض نصيبه، فقبض الوكيل شيئًا كان لشريكه نصف ما قبض الوكيل؛ لأنا نعتبر فعل الوكيل بفعل الموكل، والموكل لو قبض بنفسه نصيبه كان لشريكه نصف ما قبض، ثم لم يرد محمد بقوله للشريك نصف ما قبض: إن الشريك يقبض نصف المقبوض من حيث إن المقبوض مشترك بينهما، بل المقبوض خالص ملك القابض، حتى لو وهبه عن غيره صحت الهبة فى الكل، ولكن للشريك حق المشاركة مع القابض حتى يستويا، فإن ضاع المقبوض من يد الوكيل، فللشريك أن يضمن الموكل نصف ما قبض الوكيل؛ لأن قبض وكيله كقبضه، وهل له أن يضمن الوكيل نصف ما قبض؟ ذكر فى بعض روايات هذا الكتاب أن له ذلك، ولم يذكر فى بعضها تضمين الوكيل، وكأنه لم يذكر؛ لأنه لم ير ذلك[1].

١٦٣٤٧- ولو وكله بقبض المال كله، فقبضه، وهلك فى يده، كان للساكت أن يرجع على الغريم، فيأخذ منه نصف الدين على الروايات كلها، ويرجع الغريم على الموكل بنصف الدين. وإن أراد الساكت أن يضمن الشريك الموكل نصف الدين، كان له ذلك فى رواية أبى سليمان، وفى رواية أبى حفص: لا يضمنه نصف الدين، وإنما يضمنه الربع، وإن أراد الساكت أن يضمن الوكيل، فعلى رواية أبى حفص: ليس له ذلك، وعلى رواية سليمان: ذكر فى بعض المواضع أنه له ذلك، ولم يذكر فى بعض المواضع تضمين الوكيل، وفى آخر وكالة الأصل من عليه الدراهم إذا وكل رجلا بقضاء ما عليه، فقضى الوكيل الطالب دراهم، فهو جائز، ويرجع بمثلها على الموكل، ولو باع الوكيل الطالب بها دنانير، أو عروضًا، فهو جائز، ويرجع على المطلوب بالدراهم.

١٦٣٤٨- ولو كان المديون دفع إلى رجل دراهم، ووكله بأن يقضى دينه، فباع الوكيل دنانير أو عروضًا له من الطالب بدينه، فإنه لا يجوز على الموكل، ويكون متطوعًا، حتى لو أراد أن يحبس ما فى يده من الدراهم لنفسه لم يكن له ذلك.

١٦٣٤٩- ولو دفع الوكيل دراهم نفسه إلى المطلوب، ولم يدفع دراهم الآمر، لم يصر متطوعًا استحسانًا، حتى كان له أن يحبس ما فى يده بما قضى. وفيه أيضًا: من عليه الدراهم إذا وكل رجلا أن يقضى دينه، ودفع إليه الدراهم، ثم إن رب الدين وهب

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "لم يرد ذلك".

الدين من الوكيل وسلطه على قبضه حتى جازت الهبة استحسانًا، كان للوكل أن يحبس ما في يده بذلك الدين.

تمت كتابة كتاب الوكالة بحمد الله وحسن توفيقه، ويتلوه كتاب الكفالة من "المحيط البرهاني"، والحمد لله أولا وآخرًا، والصلاة على نبيه وعترته وسلم تسليمًا كثيرًا.

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتى

كتاب الكفالة والضمان

يشتمل على سبعة وعشرين فصلا :

الفصل الأول
في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها

١٦٣٥٠- وأما بيان ركنها: فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولا، حتى إن عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده، سواء كفل بالمال أو بالنفس، ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد، أو خطاب المكفول له، أو خطاب أجنبي عنه، بأن قال الطالب لآخر: اكفل بنفس فلان لي، فقال: كفلت، أو قال رجل أجنبي لغيره: اكفل بنفس فلان، أو بمال فلان عن فلان لفلان، فيقول ذلك الغير: كفلت، فتصح الكفالة، ويقف على ما وراء المجلس على إجازة المكفول له، وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته.

فأما إذا لم يوجد شيء من ذلك، فقال الكفيل: كفلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان[1] على فلان من الدين، فإنها لا تقف على ما وراء المجلس، حتى لو بلغ الطالب، فقبل لم يصح، ثم رجع أبو يوسف، وقال: الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد.

واختلف المشايخ على قوله الآخر: إن الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوفًا على إجازة الغائب، أو تصح نافذًا، وللطالب حق الرد.

وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول، فمن يقول: بالتوقف يقول: إنه لا يؤاخذ به الكفيل على قوله أيضًا، وإن وجد الخطاب أو القبول من المكفول عنه، بأن قال المطلوب لرجل: اكفل عني لفلان بنفسي أو بماله علي، أو كفل رجل بمال عن المطلوب أو بنفسه، وقبل عنه المطلوب إن وجد الخطاب، أو القبول من المطلوب في صحته، فإنه لا يصح الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولا، ويكون خطاب المطلوب أو قبوله والعدم بمنزلة.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "بمال فلان".

وإن كان الخطاب من المطلوب فى مرضه إن خاطب أجنبيًا بذلك، فإنه لا تصح الكفالة عند أبى حنيفة ومحمد قياسًا واستحسانًا، وإن خاطب وارثه بذلك إن تكفل عنه بالمال الذى لفلان عليه، ثم مات من مرضه، فالقياس أن لا تصح الكفالة عندهما، وفى الاستحسان: يصح حتى إذا مات، أخذ الوارث بذلك بحكم الكفالة، وإن كان المطلوب له غائبًا.

١٦٣٥١- وأما بيان شرائط جواز الكفالة : فنقول : من شرائط جواز الكفالة على الخصوص كون المكفول به مضمونًا على الأصيل بحيث يجبر الأصيل على تسليمه، أما كونه مضمونًا على الأصيل؛ لأن الكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل لإلزام المطالبة بما على الأصيل، لابد وأن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل، فيكون مطالبًا به، فيلزم الكفيل بالكفالة المطالبة به.

وعن هذا قلنا : بأن الكفالة بالأمانات كالودائع وأموال المضاربات والشركات باطلة؛ لأن هذه الأشياء غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها؛ لأن رد هذه الأشياء غير مستحق على المودع والمضارب والشريك، فلا تصح الكفالة لا بعينها ولا بردها، وأما الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة؛ لأن التمكين من الأخذ مضمون على المودع إن لم يكن الرد مضمونًا عليه، والكفالة بعين العارية والمستأجر باطلة؛ لأن عينها غير مضمونة على الأصيل.

وأما الكفالة بتسليمها ذكر شمس الأئمة السرخسى : أن الكفالة بتسليم العارية باطلة، وهذا ليس بصواب، وقد نص محمد فى الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وهذا لأن تسليم العارية واجب على المستعير، وكذلك تسليم المستأجر مضمون على المستأجر، فحصلت الكفالة بما هو مضمون على الأصيل. والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح، سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده متى قضى الدين.

وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا يجوز، هكذا ذكر المشايخ فى شرح الأصل، وذكر القدورى أن الكفالة للراهن بتسليم الرهن جائزة؛ لأن التسليم مستحق عليه إذا قبض الدين، فإن هلك سقط الضمان؛ لأنه لا يجب على المرتهن بسبب هلاك

الرهن في يده شيء، فلا يجب الضمان على الضامن أيضًا، والكفالة بالعبد والأمة للمولى لا تجوز، سواء كانا في بيت المولى أو آبقًا منه.

وفي القدوري: أن الكفالة بتسليم المبيع مستحق على البائع، وإن هلك المبيع لا يجب على الضامن شيء؛ لأن العقد قد انفسخ وسقط التسليم عن الأصيل بنفسه وخلفه إذا لم يجب[١] عليه قيمة العين، فيسقط عن الكفيل كذلك، وإنما شرط أن يكون المكفول به بحال يجبر الأصيل على تسليمه؛ لأنه إذا كان يخير[٢] عليه كان مخيراً فيه، فيلزم الكفيل بالكفالة مثل ذلك؛ لأنه متحمل عنه، ومتى يخير لا تفيد الكفالة شيئًا؛ لأنه قبل الكفالة كان مخيرًا بين أن يؤدي عنه وبين أن لا يؤدي.

وعن هذا قلنا: إن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح؛ لأن المكاتب لا يجبر[٣] على أداءه، والكفالة بتسليم نفس الشاهد ليحضر مجلس القضاء، فيشهد له، لا يجوز؛ لأن الشاهد لايجبر أن يحضر مجلس الحكم، إنما يلزمه تدينًا بينه وبين ربه، ومن شرائطه أن يكون المكفول به مقدور التسليم للكفيل؛ لأنه إذا لم يكن مقدور التسليم للكفيل، لا يفيد الكفالة فائدتها؛ لأن حكمها للحال التزام المطالبة بما على الأصيل، وفي الثاني[٤] التزام الأداء، ومتى كان عاجزًا لا يطالب به في الحال، ولا يلزمه الأداء في الثاني[٥].

وعن هذا قلنا: إن من تقبل من رجل بناء دار معلوم، أو كربَ أرض معلوم، وأعطاه كفيلا بذلك، فإن كان شرط العمل مطلقًا جازت الكفالة؛ لأن الكفيل قادر على الأداء، إما من هذا الرجل، وإما من غيره، وإن كان شرط العمل على هذا الرجل بعينه، فإن كفل بنفس العمل لا يجوز؛ لأن الكفيل لا يقدر على الأداء من موضع آخر، ولا منه؛ لأن استخراج العمل منه ليس في وسعه، وإن كفل بتسليم نفسه فهو جائز؛

---

(١) وفي الأصل: "لم يوجب".

(٢) وفي ف م: "لا يجب عليه".

(٣) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ: "لا يخيّر".

(٤) هكذا في ظ، وكان في بقية النسخ: "وفي الباقي".

(٥) هكذا في ظ، وكان في بقية النسخ: "وفي الباقي".

لأنه قادر على الوفاء به، وكذلك إذا تكارى إبلا إلى بلد من البلدان، وأخذ من المكارى كفيلا، فإن كانت الإبل بغير أعيانها، صحت الكفالة لو كفل بالحمولة وهو الحمل وبتسليم الإبل، وإن كانت الإبل بأعيانها صحت الكفالة بالتسليم، ولا يصح بالحمل عليها؛ لأن فى الوجه الأول الكفيل قادر على الوفاء، كفل بالحمل أو بالتسليم، وفى الوجه الثانى قادر على التسليم، غير قادر على الحمل، وكذلك لا تصح الكفالة بالقصاص والحدود؛ لأن الكفيل لا يقدر على الوفاء من عند نفسه، وكذلك لو كفل بنفس رجل غائب لا يعرف مكانه لا يصح؛ لأن الكفيل لا يقدر على تسليمه إذا كان لا يعرف مكانه.

ومن شرائطه أن يكون الكفيل من أهل التبرع؛ لأنها للحال إقراض الذمة لالتزام المطالبة، وعند الأداء إقراض المال، والقرض تبرع، فإنما يصح ممن يكون أهل التبرع، وعن هذا قلنا: لا يصح كفالة العبد المحجور والصبى؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع، وستأتى هذه المسائل فى فصل على حدة.

١٦٣٥٢- وأما بيان حكمها فنقول: حكم الكفالة فى الحال توجّه المطالبة على الكفيل بما على الأصيل، لا وجوب الدين به، فالمذهب عندنا أن بنفس الكفالة لا يجب الدين فى ذمة الكفيل، ولكن تجب عليه المطالبة على الأصيل، وهذا لأنه لو وجب الدين على الكفيل بنفس الكفالة والأصيل، لا يبرأ بالكفالة عن الدين يصير الدين الواحد دينين، وإنه خلاف الحقيقية، والحقيقة لا تترك إلا لضرورة، ولا ضرورة؛ لأن الثابت فى حق الكفيل المطالبة، والمطالبة تنفصل عن وجوب الدين فى الجملة فإن الوارث يطالب بأداء دين المورث، ولا دين على الوارث حقيقة، فإذا أدى الكفيل الدين الآن[1] يجعل الدين واجبًا؛ لأنه تحققت الضرورة؛ لأن بالأداء لابد من أن يثبت الملك له فى الدين، كما لو أدى الأصيل بنفسه، ولا يمكن إثبات الملك له فى الدين الواجب فى ذمة الأصيل؛ لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وإنه لايجوز.

وكذلك لو وهب الطالب الدين من الكفيل، يجعل الدين واجبًا فى ذمة الكفيل، حتى يرجع على المطلوب؛ لأنه تحققت الضرورة إلى ذلك؛ لأن الهبة تمليك، فيجعل

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "إلا أن" مكان "الآن".

الدين واجبًا فى ذمته حتى يملك ما فى ذمته، لا ما فى ذمة غيره.

فالحاصل أن فى كل موضع يحتاج إلى إثبات الملك للكفيل بالدين، يجعل الدين واجبًا فى ذمته، وقبل[١] ذلك لا يجعل الدين واجبًا فى ذمته، وسيأتى بعد هذا من المسائل من هذا الجنس.

(١) وفى م: "قيل".

الفصل الثانى
فى الألفاظ التى تقع بها الكفالة

١٦٣٥٣- وإذا قال : أنا قبيل لك بنفس فلان ، أو قال : أنا زعيم به ، فهذا جائز ، ويؤخذ به الكفيل ، وهذا وما لو قال : أنا كفيل لك بنفسه سواء ، وكذلك لو قال : على أن أوفيك به صار كفيلا ؛ لأن الموافاة والتسليم فى اللغة سواء ؛ لأنها مأخوذة من الإيفاء ، فهذا وما لو قال : على أن أسلم نفسك سواء ، وكذلك إذا قال : على أن أكفاك[1] به صار كيفلا ، وهذا وما لو قال : على أن آتيك به سواء ، وقوله : على أن آتيك به كفالة ؛ لأن الإتيان به وتسلميه سواء .

١٦٣٥٤- ولو قال : هو علىّ حتى يجتمعا ، فهو كفيل إلى الغاية التى ذكرها ، وإنما جعلناه كفالة ؛ لأن معنى قوله : هو على تسليمه ؛ لأن كلمة على كلمة إيجاب فى الذمة ، وقوله : هو كناية عن المطلوب ، ولا يتصور وجوب عينه دينًا فى الذمة ، ويتصور وجوب تسليمه دينًا فى الذمة ، فجعلناه كنابة عن تسليمه ، حتى لا يلغو كما جعل قوله : كفلت بنفس فلان كناية عن تسليم نفسس فلان ، وإنما جعلناه كفيلا إلى الغاية التى ذكرها ؛ لأن كلمة حتى غاية ، وعلى هذا إذا قال : هو علىّ حتى توافيا[2] ، أو حتى يلتقيا[3] ، فهو كفيل إلى الغاية التى ذكرها ؛ لما ذكرنا .

١٦٣٥٥- ولو قال : أنا ضامن لك حتى يجتمعا ، أو حتى توافيا[4] ، أو يلتقيا ، اختلفت الروايات فى هذا الفصل ، ذكر فى رواية أبى سليمان : أنه يصير كفيلا ، وذكر فى رواية أبى حفص : أنه لا يصير كفيلا ، قيل : ليس فى المسألة اختلاف الروايات ، ولكن ما ذكر فى رواية أبى حفص جواب القياس ، وما ذكر فى رواية أبى سليمان جواب

---

(١) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظ وف : "ألقاك" .

(٢) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : "يوفينا" .

(٣) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : "يلقيها" .

(٤) هكذا فى ظ وف ، وم ، وكان فى الأصل : "يوافينا" .

الاستحسان.

وجه القياس: أن المكفول به مجهول الجنس، فإنه ذكر الضمان، ولم يذكر المضمون أنه نفس المطلوب أو المال الذى عليه، وكل واحد من الأمرين مما يصلح أن يكون مضمونًا على الضامن والمال مع النفس جنسان مختلفان.

وجه الاستحسان: أن ما هو المقصود من الأمرين متحد؛ لأن المقصود من تسليم النفس استخراج المال، والمقصود من المال المال، فكان الجنس متحدًا باعتبار المقصود، فيثبت المتيقن من ذلك، وهو الكفالة بالنفس لأنها أدون. ولو قال أنا ضامن لمعرفته أو بمعرفته، فإنه لا يصير كفيلا؛ لأن الكفالة إنما تصح بالمال، أو بالنفس، ولم توجد الكفالة بواحد منهما، أما بالمال فظاهر، وأما النفس؛ لأنه ضمن تعريفه[1]، وتعريفه يتصور بدون التسليم، وكان بمنزلة ما لو قال: أنا ضامن لك على أن أدلك عليه، أو أوقفك عليه، وذلك لا يكون كفالة، كذا هنا.

١٦٣٥٦- وفى "المنتقى": لو قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان، ذكر أبو سليمان عن محمد أنه قال فى قول أبى حنيفة: رأيت لا يلزمه، وفى قول أبى يوسف: يلزمه، قال: وعلى هذا معاملة الناس.

١٦٣٥٧- ولو قال: "آشناى فلان بر من" قال الفقيه أبو جعفر: يصير كفيلا، وهكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، وقال الفقيه أبو الليث: لا يصير كفيلا، وبه أخذ الصدر الشهيد، ولو قال: "فلان آشنا است" لا يكون كفيلا ذكره صدره الإسلام فى شرحه.

١٦٣٥٨- وفى "أجناس الناطفى": إذا قال لك: عندى هذا لرجل، أو قال: علىّ، أو قال: إلىّ، أو قال: دعه إلىّ، فهذا[2] كله كفالة، وأما إذا قال: هو لدىّ، فينبغى أن يكون كفيلا؛ لأن قوله: لدى بمنزلة قوله: عندى، إذا قال: "آنچه ترا بر فلانست من بدهم"، فهذا وعد لا كفالة، وبعض مشايخنا قالوا فى قوله: "آنچه ترابر فلانست من جواب گويم" أن هذه كفالة بحكم العُرف، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين

---

(١) وفى الأصل: "بمعرفته".

(٢) فهذه كلها كفالة.

يفتى بأنه لا يكون كفالة، وكذا كان يفتى فى قوله : جواب مال تو بر من يا جواب مال تو من بگويم، أنه لا يكون كفالة، وعن القاضى الإمام ركن الدين على السغدى : أنه إذا قال : اگر من فلان را حاضر نتوانم كرد جواب اين مال بر من، أن هذا لا يكون كفالة.

١٦٣٥٩- وفى "فتاوى النسفى" : أن من قال لغيره : الدين الذى لك على فلان أنا أدفعه إليك، أنا أسلمه إليك، أنا أقضيه، لا يصير كفيلا ما لم يتكلم بلفظ يدل على الالتزام، نحو قوله : كفلت ضمنت على إلى، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين الحسن بن على المرغينانى يقول : إذا أتى بهذه الألفاظ منجزاً، لا تكون كفالة، وإذا أتى بها معلقًا بأن قال : إن لم يؤد فلان مالك عليه، فأنا أودّى، فأنا أدفع يصير كفيلا.

وقال : هو نظير ما ذكر فى مناسك الفتاوى أن من قال : أنا أحج لا يلزمه شىء، وإذا قال : إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج إذا دخل الدار، وإذا كفل الرجل بنفس رجل، ودفعه إلى الطالب، وبرئ منه، ثم إن الطالب لزم المطلوب، فقال له الكفيل : دعه وأنا على كفالتى، أو قال : دعه وأنا على مثل كفالتى، ففعل، فهو لازم له، وهو كفيل بنفسه على ما كان عليه، وهذه كفالة أخرى مبتدأة، أما قوله : وأنا على مثل كفالتى، لا شك أنه كفالة مبتدأة؛ لأن مثل الشىء غيره، فكأنه قال : كفلت لك مرة أخرى، وأما قوله : وأنا على كفالتى فلأن هذا وإن كان خبراً عن الكفالة الماضية إلا أنه لا يمكن العمل بحقيقته، فيجعل مجازاً عن كفالة أخرى فى المستقبل؛ لأن الكفالة الماضية لو بقيت كان حكمها فى المستقبل حكم كفالة مستقبلة، فجعل مجازاً عنه، فلهذا قال : وهذه كفالة أخرى مبتدأة.

فإن قيل : هذا الكلام وإن كان ابتداء كفالة أخرى منه إلا أنه لم يوجد من الطالب قبول هذه الكفالة، وقبول الطالب ركن وجود الكفالة عند أبى حنيفة ومحمد.

قلنا : القبول إن لم يوجد نصّا، فقد وُجد دلالة؛ لأنه لما لازمه قبل قوله دعه، ثم ترك الملازمة بعد قول وأنا كفيل، كان ترك الملازمة منه قبولا دلالة، وكان بمنزلة الوكيل بالبيع إذا علم بالوكالة بالبيع، وباع قبل أن يقبل الوكالة، كان البيع منه قبولا للوكالة دلالة، كذا هنا.

١٦٣٦٠- وفى "المنتقى" عن الحسن إذا قال لغيره وهو لازم غريمه : خلّ سبيله،

فأنا أوفيك به إذا بدا لك لم يكن هذه كفالة بالنفس، ولو قال: خل سبيله على أن أوفيك به، ففى القياس كذلك، وفى الاستحسان: يكون كفالة بالنفس.

١٦٣٦١- وإذا كفل برأس رجل، أو برقبته، أو وجهه، فهو كفالة بالنفس؛ لأن هذه الأشياء مما يعبّر بها عن جميع البدن، فصار إضافة الكفالة إلى هذه والإضافة إلى النفس سواء، ولهذا صح إضافة الطلاق إلى هذه الأعضاء، وأهل المدينة اعتادوا فى كتابة الكفالة بالنفس كفل فلان بوجه فلان، ويريدون بذلك النفس، ونحن نضم فى الكتابة[1] الوجه إلى النفس، فيكتب كفل فلان بنفس فلان، ووجهه تحرزاً عن خلاف أهل المدينة، وصار الأصل فى جنس هذا أن كل ما صح إضافة الطلاق إليه صح إضافة الكفالة إليه.

١٦٣٦٢- وإذا أضاف الكفالة إلى العين لم يذكر محمد هذه المسألة فى كتاب الكفالة ولا فى كتاب الطلاق. وحكى عن الفقيه أبى بكر البلخى: أنه لا تصح الكفالة، ولا يقع الطلاق إلا إذا نوى به جميع البدن، قال: لأن الاسم الموضوع للعضو المفرد إنما يصير اسمًا للبدن حتى ينصرف اللفظ إليه من غير نية إذا وجد استعمال الناس والشرع كما فى الرأس والرقبة والوجه وفى العين إن وجد استعمال الناس حتى قالوا: هذا عين القوم، أى جاسوسهم، وقالوا: نامت العيون أى ناموا لم يوجد استعمال الشرع، فبقى الاسم للعين حقيقة، وللبدن مجازاً، ومطلق الكلام لا ينصرف إلى المجاز إلا بالنية.

١٦٣٦٣- ولو كفل بروحه صحّ، ذكر فصل الروح هنا، ولم يذكر فى الطلاق، وقالوا: ينبغى أن يصح إضافة الطلاق إليه، وذكر فصل الفرج فى كتاب الطلاق، ولم يذكر هنا، قالوا: وينبغى أن يصح إضافة الكفالة إليه متى كان الفرج مضافًا إلى المرأة.

١٦٣٦٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل له على رجل مال، فقال رجل للطالب: ضمنت لك ما على فلان أنا أقبضه منه، وأدفعه إليك، قال: ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده إنما هذا على أن يتقاضاه، ويدفعه إليه، وعلى هذا معانى كلام الناس.

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "فى الكفالة الوجه".

١٦٣٦٥- وفيه رجل غصب رجلا ألف درهم، فقاتله المغصوب منه، وأراد أخذها منه، فقال رجل: لا تقاتله، فأنا ضامن لها، وأدفعها إليه، لزمه ذلك، ولا يشبه هذا الدين، ولو كان الغاصب استهلك الألف، وصارت دينًا كان هذا الضمان باطلا، وكان على ضمان التقاضى.

الفصل الثالث

فى بيان من يصح[1] الكفالة منه ومن لا يصح

قد ذكرنا قبل هذا أن الكفالة إنما يصح ممن يصح منه التبرع .

١٦٣٦٦- قال محمد : وإذا كفل العبد المحجور عن مولاه ، أو عن أجنبى بغير إذن المولى لايجوز ؛ لأن الكفالة تبرع ابتداء معاوضة انتهاء ، وأى ذلك كان لا يصح من العبد المحجور ، وكذلك إذا كان مأذونًا فى التجارة ، وقد كفل بنفس ، أو مال بغير إذن المولى لا تصح كفالته عند علماءنا خلافًا لابن أبى ليلى ، فإن أذن له المولى بالكفالة ، فكفل عن المولى أو عن أجنبى بمال صحت الكفالة ، سواء كان العبد تاجرًا ، أو كان محجورًا عليه إذا لم يكن عليه دين ، وكذلك الأمة والمدبرة وأم الولد ؛ لأن المولى يملك شغل رقبتهم إذا لم يكن عليهم دين بالإقرار عليهم بالدين ، فيملك شغلها بالأمر بالكفالة .

١٦٣٦٧- وإن كان على العبد دين ، وقد كفل عن المولى ، أو عن أجنبى بمال بإذن المولى ، لايلزمه شيء ما دام رقيقًا ، فإذا عتق لزمه ذلك ؛ لأنه مادام رقيقًا إنما لا يلزمه دين الكفالة ؛ لأن الإذن بالكفالة من المولى فى حق الغرماءلم يصح ؛ لأنه أراد شغل العبد بالدين بعد ما صار مشغولا بدين الغرماء ، وهذا المعنى لا يتأتى بعد العتق ، فإذا أدى العبد دين المولى بعد ما عتق ، وقد كان كفيلا بأمر المولى ، لا يرجع بما أدى على المولى عند علماءنا الثلاثة ؛ لأن الكفالة حالة وقوعها انعقدت غير موجبة للرجوع ؛ لأن العبد لا يستوجب على مولاه شيئًا ، فلا تصير موجبة للرجوع بعد ذلك ، وإن وجد بعد ذلك ما يوجب الرجوع ، لو وُجد من الابتداء كما فى الحر ، فإن من كفل عن غيره بغير أمره ، ثم بلغ المكفول عنه ، ورضى بكفالته ، أو أجاز كفالته ، ثم أدى الكفيل المال لا يرجع على المكفول عنه وطريقه ما قلنا .

١٦٣٦٨- وإذا كفل المولى عن عبده بنفس أو مال ، فالكفالة جائزة ، فإن أدى

(١)وفى الأصل : "تصح" .

المولى ما كفل به لا يرجع على العبد به أدى قبل العتق أو بعده، بخلاف ما إذا كان الكفيل أجنبيًا، أما إذا أدى قبل العتق، فلأن المولى لا يستوجب على عبده، وأما إذا أدى بعد العتق فلأن المولى وإن كان يستوجب على معتقه مالا إلا أن هذه الكفالة حال وقوعها لم تنعقد موجبة للرجوع.

١٦٣٦٩- وإذا كفل رجل بنفس عبد، ثم مات العبد، فقد برئ الكفيل عن الكفالة؛ لأن الكفالة وقعت بتسليم نفس العبد عن العبد، فإن بالدعوى توجّه على العبد المطالبة بالحضور لأجل الجواب، فالكفيل بالكفالة يلزم المطالبة بإحضار العبد، وبالموت برئ العبد عن المطالبة بالحضور، وبراءة الأصيل، توجب براءة الكفيل، وهذا بخلاف ما لو ادعى رجل رقبة عبد فى يدى رجل، وكفل بالعبد كفيل، ثم مات العبد، وأقام المدعى بينة على دعواه، فإن له أن يأخذ قيمة العبد من الكفيل؛ لأن هناك الكفالة وقعت بتسليم رقبة العبد عن ذى اليد؛ لأن المدعى زعم أن صاحب اليد غاصب، وعليه الرد حال القيام، والقيمة حال الموت، والكفيل التزم ما على ذى اليد، وبإقامة البينة تبين أن الأمر كما زعم المدعى، ألا ترى أن صاحب اليد يؤاخذ بقيمة العبد، فيكون كفيله كذلك.

١٦٣٧٠- وإذا كفل صبى بنفس رجل أو صبى لا يجوز كفالته، وإن كان يعقل سواء كان مأذونًا له فى التجارة، أو لم يكن إن لم يكن فظاهر وإن كان، فلأن الكفالة غير داخلة تحت الإذن فى التجارة؛ لأنها ليست بتجارة أصلا إن كان بغير أمر المكفول عنه، وليست بتجارة من كل وجه إن كانت بأمر المكفول عنه؛ لأنه إن كان يستوجب الرجوع عند الأداء إلا أن فى الحال لايستوجب شيئًا، وليس من توابع التجارة التى لابد للتجارة منه.

وكذلك المغلوب على عقله، وإن كان بالغًا؛ لأن المجنون البالغ لا يعقل شيئًا أسوأ حالا من الصبى حتى صحّ إذن الصبى العاقل فى التجارة، ولم يصح إذن المجنون، فإذا لم تصح كفالة الصبى، فكفالة المجنون أولى.

١٦٣٧١- وإن أذن الأب للصبى فى الكفالة عن أجنبى، أو عن نفسه بالمال، أو بالنفس فكفل، لا يجوز كفالته أيضًا؛ لأن إذن الأب إياه بالكفالة لا يجوز؛ لأنه أذن بما

هو تبرع، إما حالا أو مآلا، أو حالا لا مآلا، فصار وجود هذا الإذن وعدمه بمنزلة، فإن بلغ الصبى، وأجاز تلك الكفالة لا تعمل إجازته؛ لأن الكفالة وقعت باطلة لا موقوفة؛ لأنه إنما يتوقف من التصرفات ماله مجيز حال وقوعه، ولا مجيز لكفالته فبطلت.

١٦٣٧٢- وفى "نوادر هشام" قال: سمعت أبا يوسف يقول فى رجل أدخل ابنه الصغير معه فى الضمان: إنه إن كان المال الذى أدخله فى ضمانه شىء اشتراه للصبى، فهو جائز، وإن كان المال للأب، فالضمان باطل، وذكر هذه المسألة فى موضع آخر بعبارة أخرى الأب أو الوصى إذا استدان دينًا على الصغير فى نفقته، وأمر اليتيم حتى يضمن بالمال لصاحب الدين، وبنفس الأب أو الوصى لصاحب الدين، فإنه ضمانه بالمال جائز، فبضمان المال عن الأب أو الوصى فى هذه الصورة التزم ما كان يلزمه قبل الضمان، فإن قبل الضمان كان يرجع ذلك الضمان عليه، فإن الأب أو الوصى إذا استدان على اليتيم فيما لابد لليتيم منه كان لهما الرجوع بذلك على الصغير، فلا يكون هذا الضمان من الصبى تبرعًا، فأما الكفالة بنفس الأب أو الوصى باطلة؛ لأنها تبرع، وكذلك الكفالة بدين على الأب أو بدين على الأجنبى باطلة؛ لأنه يلتزم ما كان لا يلزم قبل الكفالة، فكان تبرعًا.

١٦٣٧٣- وإذا كفل الصبى بنفس أو مال، ثم بلغ وأقر بالكفالة، لا يؤاخذ بها؛ لأنه أقر بكفالة باطلة، فإن وقع الاختلاف بين الصبى بعد البلوغ وبين الطالب، فقال الطالب: كفلت وأنت رجل، وقال الصبى: كفلت وأنا صبى، فالقول قول الصبى؛ لأن حاصل اختلافهما وجود أصل الكفالة، فالصبى منكر للكفالة لما أضافها إلى حالة الصبى، والطالب يدعى وجودها، فيكون القول قول من ينكر وجودها.

ولو قال: كفلت وأنا مجنون أو مغمى عليه، أو مبرسم، فأنكر الطالب ذلك، وقال: كفلت وأنت صحيح، إن كان ذلك معهودًا من المقر، فالقول قول المقر، وإن لم يكن ذلك معهودًا، فالقول قول الطالب، فإن كان أخرس يكتب ويعقل، فكتب كفالة على نفسه بنفس أو مال، أو كفل له رجل بشىء من ذلك، وقبل هو فى كتاب، فذلك جائز.

١٦٣٧٤- وإذا كفل رجل لصبى إن كان الصبى تاجرًا صح خطابه وقبوله؛ لأنه

من أهل أن يتبرع عليه، وفى قبول العقود وإيجابها يلحق بالبالغ، وإن كان الصبى محجوراً عليه، أو كانت الكفالة لمجنون أو مبرسم إن خاطب وليه، وقبل الولى عنه، صحت الكفالة عندهم جميعًا، وإن خاطب أجنبيّا، وقبل الأجنبى عنه توقف على إجازة وليه، وإن لم يخاطب أجنبيّا ولا وليه إنما خاطب هؤلاء، وكفل لهم بنفس، أو مال عن رجل، فالمسألة على الخلاف؛ لأن مخاطبة هؤلاء وليسوا من أهل القبول للكفالة، ومخاطبة الغائب سواء، ولو خاطب غائبًا بالكفالة، ولم يقبل عنه أحد كانت المسألة على الخلاف الذى ذكرنا قبل هذا، كذا ههنا.

١٦٣٧٥- وإذا ادعى رجل على صبى أو مجنون شيئًا، وكفل رجل بنفسه، أو بما عليه بغير إذن وليه، فإنه يصح الكفالة سواء كان الصبى مأذونًا له فى التجارة أو غير مأذون، وسواء كان عاقلا أو غير عاقل؛ لأن الكفالة حصلت بحق مضمون على الأصيل، أما إذا كانت بالمال فظاهر، وأما إذا كانت الكفالة بالنفس، فلأن حضور الصبى مجلس الحكم مستحق عليه ليجيب خصمه إذا كان تاجرًا ادعى عليه ضمان فعل، أو ضمان قول، وإذا كان محجوراً عليه، وهو عاقل أو غير عاقل أو كان مجنونًا؛ ليشار إليهما إذا ادعى عليه ضمان فعل؛ لأن الصبى والمجنون يؤاخذان بفعلهما، فيستحق حضورهما للإشارة إليهما، فهو معنى قولنا: إن الكفالة حصلت بحق مضمون على الأصيل، فيصح كما لو كفل عن بالغ عاقل، فإن أخذ الكفيل بإحضاره، فأراد الكفيل أن يحضر الصبى، فإن حصلت الكفالة بإذن من يلى عليه يجبر، وإن حصلت الكفالة من غير إذن من يلى عليه ومن غير إذن الصبى، لا يجبر الصبى على الحضور؛ لأن الكفالة حصلت بغير إذن المكفول به، وبغير إذن من يلى عليه، وإن كان الصبى هو الذى طلب ذلك من الكفيل، هل يؤمر بالحضور مع الكفيل؟ فإن كان مأذونًا له فى التجارة يؤمر، وإذا كفل عنه بمال، وأدى فى هذه الصورة، كان له أن يرجع على الصبى؛ لأن إذن الصبى المأذون فى الكفالة صحيح اعتبرت الكفالة معاوضة أو تبرعًا؛ لأن هذا تبرع، وإن كان محجوراً لا يجبر الصبى على الحضور، وإذا أدى الكفيل ما كفل عنه، لا يرجع على الصبى؛ لأنه أمره إن صح من حيث إن الكفالة تبرع لم يصح من حيث إنها معاوضة؛ لأن الصبى المحجور لا يملك المعاوضة، فصار وجود هذا الأمر والعدم بمنزلة، وإن كان الصبى غير تاجر، فطلب أبوه من رجل أن يكفل به، وكفل به

كان جائزًا، وأخذ به الكفيل، وكذلك وصيه أو جده إن كان الأب ميتًا، وكذلك القاضى إن لم يكن جدّ ولا وصى؛ لأن الأمر بالكفالة من الصغير أمر بقضاء ما عليه، وأمر هؤلاء بقضاء ما عليه جائز؛ لأنه يكون استقراضًا على الصغير، ولهم هذه الولاية.

فإن تغيّب الغلام، فأخذ الكفيل أباه، وقال: أنت أمرتنى أن أضمّنه فخلصنى، فإن الأب يؤخذ بذلك حتى يحضر ابنه فرق بين هذا، وبينهما إذا أمر الرجل غيره أن يكفل بنفس المطلوب، فكفل ثم تغيب المطلوب، وإن أراد أن يطالب الآمر بالكفالة حتى يحضر المطلوب لم يكن له ذلك.

والفرق: أن الكفيل بالصبى ما ثبت له حق مطالبة الأب بإحضار الصغير بحكم الآمر بالكفالة، بل لأن الصغير فى قبضه وتدبيره، ولهذا قلنا: إن الصبى المأذون إذا أمر رجلا حتى كفل عنه، ثم تغيب الصبى أمر الأب بإحضاره، وإن لم يوجد أمر بالكفالة؛ لأن الصبى فى قبضه وتدبيره، فأما المطلوب إذا كان بالغًا، فهو ليس فى يد الآمر بحكم إنه فى يده لو طولب به طولب بسبب الآمر، ولا يجوز أن يطالب الإنسان بحقوق العقد الذى باشره غيره بمجرد الأمر، ألا ترى أنه لو أمر غيره ببيع مال للغير، فباع لا يطالب الآمر بحقوق البيع، وطريقه ما قلنا.

١٦٣٧٦- وإذا أذن المولى عبده الصغير بالكفالة عن غيره، فكفل جاز عليه فى الرق، وبعد العتق بخلاف الحر الصغير إذا أذن له الأب بالكفالة المكاتب إذا كفل عن غيره، فكفالته باطلة، وإن أذن له المولى بذلك، بخلاف العبد إذا كفل بإذن المولى، ولا دين عليه.

الفصل الرابع
فى الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم وعدم صحته

١٦٣٧٧- قال محمد: وإذا كفل الرجل بنفس رجل، فلم يأتِ به، فظهرت مماطلته عند القاضى، حبسه القاضى حتى يجىء به؛ لأنه امتنع عن تسليم حق مستحق عليه عليه مع القدرة، فيحبس كالمديون إذا امتنع عن الدين، ثم قال: ولا يحبسه فى أول مرة، يعنى فى أول مرة يرفع الطالب الأمر إلى القاضى، وإنما يحبسه بعد مرتين أو ثلاث مرات، يعنى بعد ما رفع الطالب الأمر إلى القاضى مرتين أو ثلاثًا، وأمره القاضى بالإتيان به وتوعده بالحبس، فلم يأتِ به الآن يحبسه القاضى، وتأويل المسألة إذا كان الكفيل مقرّا بالكفالة، وأما إذا كان ينكر الكفالة، فأقيم عليه البينة بذلك، أو استحلف فنكل، فالقاضى يحبسه فى أول مرة رفع الأمر إليه، وليس هذا فى هذا الموضع خاصةً، بل فى الحقوق كلها، إذا كان من عليه الحق مقرّا، فالقاضى لا يحبسه فى أول مرة رفع إليه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة والظلم، ومماطلة المقر وظلمه لا يظهر فى أول مرة عند القاضى؛ لأن للمطلوب أن يقول: أنا أوفيه حقه إلا أنه أسرع فى المرافعة إليك، ولا يمكنه أن يقول: بعد ما دفع الآمر إلى القاضى مرة أو مرتين أو ثلاثًا، فأما إذا كان منكرًا حتى إذا وقعت الحاجة إلى إقامة البينة أو التحليف، فقد ظهر للقاضى مطله وظلمه بالمرافعة فى أول مرة، فلهذا يحبسه.

وهذا إذا كان الكفيل قادرًا على التسليم للحال، فإن كان عاجزًا عن التسليم فى الحال، بأن غاب المكفول به إلى بلدة أخرى، ولا يعرف مكانه، فالكفيل لا يؤاخذ به، وإن كان يعرف مكانه، فالكفيل يؤاخذ به، ويؤمر بالتسليم، ولكن يمهل قدر المجيئة والذهاب، فإذا مضى ذلك الوقت، ولم يسلمه الآن، يحبسه، وهو بمنزلة ما لو لحق المكفول به بدار الحرب مرتدّا إن كان الكفيل قادرًا على رده بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادعة أن من لحق بهم مرتدّا يردونه علينا إذا طلبنا، فالكفيل يمهل قدر الذهاب والمجيئة، وإن لم يكن قادرًا على بأن لم يتقدم موادعة على الوجه الذى قلنا، فالكفيل لا

يؤاخذ به.

١٦٣٧٨- وفى "المنتقى": إذا حبس الكفيل بالنفس بحكم الكفالة، وعلم أن المكفول بالنفس غائب ببعض الأمصار، فإنى أمر أن يؤخذ منه كفيل بالنفس، ويخرج من السجن حتى يجيء بالذى كفل به، ثم إذا لم يكن الكفيل بالنفس قادرًا على تسليم المكفول به حتى لم يطالب به، هل للطالب أن يلازمه؟ ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه: أن له ذلك، وذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أنه ليس له ذلك، وإذا حبس المكفول بنفسه بدين أو غيره، يؤاخذ الكفيل به، كذا أطلق فى "الأصل".

قالوا: وهذا إذا كان محبوسًا فى مصر آخر فى سجن قاضٍ آخر؛ لأن المكفول به ليس فى يد هذا القاضى الذى تخاصما إليه، لا حقيقة ولا حكمًا، فيطالب الكفيل بالتسليم إذا كان قادرًا عليه، وهو قادر عليه بأن يؤدى ما على المطلوب، حتى لو لم يكن قادرًا بأن حبسه السلطان فى تهمة، أو ما أشبه ذلك، لا يطالب الكفيل به.

فأما إذا كان محبوسًا فى المصر الذى وقعت الكفالة فيه فى سجن القاضى الذى تخاصما إليه لا يطالب بالتسليم، ولكن القاضى يخرجه من السجن ليخاصم، ثم يعيده إلى السجن، وهذا لأن سجن القاضى فى يده وتحت ولايته، وكان كون المطلوب فى سجنه ككونه فى مجلس الحكم، ولو كان فى مجلس الحكم القاضى، لا يطالب بالتسليم، فكذا إذا كان فى سجنه، وأما إذا كان محبوسًا فى المصر الذى وقعت الكفالة فيه، ولكن فى سجن قاضٍ آخر بأن كان فى المصر قاضيان، أو حبس فى سجن الوالى، فالقياس أن يؤاخذ الكفيل بالتسليم، وفى الاستحسان: لا يؤاخذ به، ويكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا كان محبوسًا فى سجن هذا القاضى؛ لأن سجن الوالى، وسجن قاضٍ آخر فى هذا المصر بمنزلة سجنه؛ لأن له ولاية على أهل هذا المصر كلهم، إلا أنه نصب قاضٍ آخر فى جانب آخر إذا كانت البلدة عظيمة؛ لأنه ربما لا يمكنه القيام بجميع أمور أهل البلدة، أو يتعذر على الناس الذهاب من جانب لبعد المسافة بين الجانبين، لا لقصور ولاية القاضى عن بعض أهل المصر، وإذا كان هكذا صار سجن القاضى الآخر فى هذا المصر كسجن القاضى الذى تخاصما إليه، ولهذا قالوا: لو امتلأ أحد السجنين، كان لهذا القاضى أن يذهب بالبعض إلى سجن القاضى الآخر، بخلاف السجن الذى فى

مصر آخر ؛ لأن ذلك السجن ليس فى يد هذا القاضى وتحت ولايته .

١٦٣٧٩- وفى "المنتقى" : إذا كان المكفول بالنفس محبوسًا فى سجن قاضٍ آخر فى هذا المصر ، فالقاضى يأمر الطالب أن يذهب إلى القاضى الذى حبسه ، ويكون خصومته عنده ، وإذا كفل بنفس محبوس ، فإن كان فى حبس هذا القاضى الذى وقعت الخصومة عنده ، جازت الكفالة ؛ لأنه قادر على تسليمه ، وإن كان فى حبس قاضٍ آخر ، أو فى حبس أمير أو قاضى بلدة أخرى لا يصح الكفالة .

وقال بعضهم : الكفالة صحيحة على كل حال ؛ لأن القدرة بطريقها ثابتة فى الجملة ، قال فى "الأصل" : وإذا سلّم الكفيل المكفول بنفسه فى السجن لا يبرأ ، أما إذا كان محبوسًا فى سجن قاضى بلد أخرى فظاهر ، وأما إذا كان محبوسًا فى سجن قاضى هذا البلد ؛ لأنه لم يأتِ بالتسليم المستحق عليه ؛ لأن التسليم المستحق عليه تسليم يتمكن الطالب بذلك من أعداء المكفول به إلى باب القاضى والخصومة معه ، ولا يمكنه ذلك متى كان محبوسًا بدين آخر غيره ، حتى لو كان محبوسًا بدين الطالب يبرأ .

قال مشايخنا : هذا إذا كان محبوسًا فى سجن قاضٍ آخر ، أما إذا كان محبوسًا فى سجن القاضى الذى وقعت الخصومة إليه ، فقد اختلفوا فيما بينهم ، قال بعضهم : لا يبرأ ، وعامتهم على أنه يبرأ ، وهو الصحيح ، وعلى قياس المسألة المتقدمة : ينبغى أن يبرأ إذا كان محبوسًا فى المصر الذى وقعت الكفالة فيه استحسانًا ، وإن كان محبوسًا فى سجن قاضٍ آخر ، أو فى سجن الوالى ، قالوا أيضًا : وهذا إذا كان محبوسًا من جهة غير الطالب ، فأما إذا كان محبوسًا من جهة الطالب يبرأ بالتسليم فى الحالين لا محالة .

١٦٣٨٠- وفى الفتاوى : إذا سلمه فى السجن بناء على طلب الطالب يبرأ ؛ لأنه لما طالبه بالتسليم ، وهو فى السجن ، فقد طالبه بالتسليم فى السجن ، وقد أتى به . وفى "الأجناس" : إذا كفل بنفس إنسان والمكفول به فى السجن ، فسلمه فى السجن يبرأ .

١٦٣٨١- وفيه أيضًا : لو كفل به ، وهو محبوس ، ثم خلى عنه ، ثم حبس ثانيًا قبل أن يسلمه الكفيل ، والحبس الثانى غير الحبس الأول ينظر ، إن كان الحبس الثانى من أمور التجار ، له أن يسلمه فى الحبس الثانى ، وإن كان من أمور السلطان ، فليس له أن يسلمه فى الحبس .

وفى "المنتقى": إذا حبس المكفول بنفسه فى سجن هذا القاضى بدين غيره، فأخرجه القاضى لخصومة الطالب، فقال الكفيل للطالب فى الطريق قد دفعته إليك، وأنا برىء منه وهو ممنوع منه مع رسول القاضى لم يبرأ بذلك من الكفالة بالنفس، ولو قال ذلك قدّام القاضى، والطالب يخاصم المكفول بالنفس، كان الكفيل بريئًا من الكفالة.

١٦٣٨٢- قال فى "الأصل": وكذلك إذا سلمه فى المفازة لا يبرأ؛ لأنه لم يأتِ بالتسليم المستحق عليه على ما مر، وأما إذا سلمه فى مصر آخر إن كان مصرًا ليس فيه سلطان ولا قاضٍ لا يبرأ، وإن كان مصرًا فيه سلطان أو قاضٍ، فهذا على وجهين: إن وقعت الكفالة مطلقة لم يشترط فيها التسليم فى المصر الذى وقع فيه الكفالة، فعلى قول أبى حنيفة: يبرأ، وعلى قولهما: لا يبرأ.

وأما إذا شرط التسليم فى المصر الذى وقعت فيه الكفالة، فسلم فى مصر آخر، لا شك أن على قول أبى يوسف ومحمد: لا يبرأ، وأما على قول أبى حنيفة: فقد اختلف المشايخ فيه، وجه قولهما فيما إذا شرط التسليم فى المصر الذى وقعت الكفالة فيه أن هذا شرط مفيد؛ لأنه عسى أيكون شهوده فى هذا المصر، أو يكون قاضى هذا المصر عالـمًا بحق المدعى.

وجه قولهما: إذا وقعت الكفالة مطلقة أن تسليم المطلوب قد يختلف باختلاف المكان من الوجه الذى بيّنا أن شهوده ربما يكون فى هذا المصر، ولا يكون فى مصر آخر، ويكون قاضى هذا المصر عالـمًا بحق المدعى، ولا يكون قاضى مصر آخر عالـمًا به، والأمكنة متى اختلف فى حق التسليم، يتعين مكان العقد للتسليم عندهما، كما فى باب السلم إذا وقع السلم مطلقًا، والمسلم فيه شىء له حمل ومؤنة.

ولأبى حنيفة: أن الأمصار كلها فى تسليم المكفول به فيما هو المقصود من التسليم على السواء؛ لأن المقصود من التسليم إمكان الخصومة مع المكفول بنفسه، وإثبات الحق عليه بالبينة أو بالنكول، وجميع الأمصار فى حق هذا المقصود على السواء، ومتى لم يختلف التسليم باختلاف الأمصار فيما هو المقصود، لم يكن تعيين المكان مقيدًا عن بعض المشايخ، وعند الإطلاق لا يتعين مكان العقد، كما فى باب السلم إذا وقع السلم

مطلقًا، وليس للمسلم فيه حمل ومؤنة، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم بالجماع، فكذا ههنا.

وأما إذا شرط التسليم فى مكان بعينه من المصر الذى وقعت فيه الكفالة، فسلم فى غير ذلك المكان من ذلك المصر، ذكر فى "الأصل": أنه يبرأ الكفيل، ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر الخصاف عن أبى يوسف: أنه لا يبرأ، وهو القياس، فكان القياس قول أبى يوسف، والاستحسان قول أبى حنيفة ومحمد، وهذا القياس والاستحسان إنما يجىء فى بلدة عادتهم أنهم لا يزعجون المدعى عليه من يد الطالب متى ظفر به، بل يعينونه على الإعداء إلى باب القاضى؛ لأن فى مثل هذا البلد هذا الشرط غير مفيد؛ لأن المقصود من التسليم إمكان الخصومة معه، وجره إلى باب القاضى، وفى أى مكان يسلمه يجد من يعينه على جره إلى باب القاضى، فأما إذا كانت بلده من عادتهم إزعاج المدعى عليه من يد المدعى، يجب مراعاة هذا الشرط قياسًا واستحسانًا؛ لأنه شرط مفيد؛ لأنه فى المكان المشروط يجد من يعينه على جره إلى باب القاضى، ولا يجد ذلك فى مكان آخر، وإلى هذا أشار محمد فى الكتاب، حيث قال: دفعه فى المصر والمكفول به لا يستطيع أن يمتنع عنه، ولو شرط على الكفيل أن يسلمه فى مجلس القاضى، فسلّمه فى غير مجلس الحكم ذكر فى "الأصل": أنه يبرأ، قالوا: هذا إذا سلمه فى مكان لا يمكن للمطلوب أن يمتنع عنه، ويتأبى عن الحضور مجلس الحكم، فأما إذا حصل التسليم فى مكان يمكن للمطلوب الامتناع، والتأبّى عن الحضور مجلس الحكم، لا يبرأ، وإلى هذا أشار محمد فى الكتاب حيث قال: لأن المكفول به لا يستطيع أن يمتنع من الطالب، وكان الفقيه أبو بكر البلخى يقول: إن كان هذا الشرط فى موضع عادة أهل ذلك الموضع أنهم يخلصون المطلوب من يد الطالب، يجب مراعاة هذا الشرط، وإن كان فى موضع عادة أهل ذلك الموضع أنهم لا يخلصون المطلوب من يد الطالب، بل يعينون الطالب على جره إلى باب القاضى، لا يجب مراعاة هذا الشرط، ويبرأ إذا سلمه فى المصر فى مكان آخر.

١٦٣٨٣- وإذا سلم الكفيل المكفول بنفسه إلى الطالب، ولم يقل: سلمته إليه بجهة الكفالة، فهذا على وجهين: الأول: أن يسلمه بعد ما طلب الطالب التسليم من الكفيل، وفى هذا الوجه يبرأ؛ لأن التسليم بجهة الكفالة إن لم يثبت رضا، فقد ثبت

دلالة؛ لأن التسليم حصل بناء على طلب الطالب، والمطالب إنما يطلب التسليم بحكم الكفالة إذ ليس ولاية المطالبة إلا بجهة الكفالة، فصار قول الطالب: سلم نفس فلان إليّ، وقوله: سلم نفس فلان إليّ بحكم الكفالة سواء، وإذا ثبت أن الطالب طلب التسليم بحكم الكفالة، كان تسليم الكفيل بحكم الكفالة أيضًا؛ لأن التسليم من الكفيل كالجواب لطلبه لما كان بناء عليه، فتضمن إعادة ما فى الطلب من حيث المعنى.

الوجه الثانى: أن يسلمه ابتداء من غير طلب المدعى، وفى هذا الوجه لا يبرأ الكفيل، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، قال: الكفالة قد صحت وقع الشك فى ارتفاعها، إن أراد الكفيل التسليم بجهة الكفالة، ترتفع الكفالة، وإن أراد التسليم بجهة الاستعانة والاستئجار، بأن استأجر الطالب المطلوب لعمل، أو استعان به فى عمل، ثم قال للكفيل: استعنت بفلان فى عمل كذا، أو استأجرته لعمل كذا، فإذا رأيته فاتنى به متى سلمه على هذا الوجه، لا ترتفع الكفالة، فإذا أطلق وقع الشك فى ارتفاعها، فلا يرتفع بالشك.

فرق بين هذا وبينما إذا قال الطالب: قد قبضت نفس فلان من فلان، فإن هناك يبرأ الكفيل، وحمل مطلق الإقرار بالقبض على الإقرار بالقبض من جهة الكفالة، وهنا لم يحمل مطلق التسليم على التسليم من جهة الكفالة. هذا جملة ما ذكره شيخ الإسلام فى شرحه، وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسى: أن فى هذا الوجه يبرأ الكفيل أيضًا، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه: إذا سلم الكفيل المكفول به إلى الطالب، برئ منه، ولم يشترط التسليم بجهة الكفالة، ولا التسليم بعد ما طلب المدعى، والوجه فى ذلك أن التسليم بجهة الكفالة مستحق عليه، والتسليم بجهة أخرى غير مستحق عليه، والمستحق بجهة إذا وقع وقع من جهة المستحق، ولا يشترط التنصيص على تلك الجهة، عرف ذلك فى مواضع كثيرة.

١٦٣٨٤- وإذا دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب، وقال: أسلمه إليك بجهة الكفالة، وأبى الطالب القبول، أجبر على القبول، ومعناه أنه ينزل قابلا دفعًا للضر عن الكفيل؛ لأن الطالب ربما يمتنع عن القبول إبقاء لحق نفسه بهذا الطريق. قلنا: إن المديون إذا جاء بالحق، ووضعه بين يدى الطالب، ينزل الطالب قابلا حتى يبرأ المديون عن

الدين، وطريقه ما قلنا .

١٦٣٨٥- وإذا دفع المكفول بنفسسه نفسه إلى الطالب، وأشهد أنه إنما دفع نفسه إليه من كفالة فلان، يجبر الطالب على القبول، ويبرأ الكفيل من الكفالة، كما لو سلم الكفيل بنفسه نفسه، ولو سلم أجنبى نفس المطلوب إلى الطالب من كفالة فلان، لا يجبر الطالب على قبوله .

والفرق : أن الأجنبى فى تسليم نفس المطلوب متبرع من كل وجه، وللطالب أن لا يقبل الحق من المتبرع دفعًا لمنته، فأما المطلوب ذو حظ فى تسليم نفسه ؛ لأنه يستفيد بهذا التسليم براءة نفسه عن مطالبة الكفيل، فكان ذو حظ من هذا التسليم، فكان تسليمه بمنزلة تسليم الكفيل، ثم إن محمدًا شرط فى هذه المسألة التسليم من كفالة فلان، قال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهرزاده" : قال مشايخنا : شرط التسليم من الكفالة شرط لازم، فأما شرط التسليم من كفالة فلان فإنما يحتاج إليه إذا كان بنفسه كفيلا كل واحد منهما بعقد على حدة، فأما إذا كان بنفسه كفيل واحد، فلا حاجة إلى ذكر فلان .

١٦٣٨٦- إذا وكل الطالب رجلا أن يأخذ له كفيلا من المطلوب بنفسه، فأخذ، فهذا على وجهين : إما أن أضاف الوكيل الكفالة إلى نفسه، وفى هذا الوجه حق مطالبة الكفيل للوكيل .

وإما أن أضاف الكفالة إلى الموكل، وفى هذا الوجه حق مطالبة الكفيل للموكل، وهذا لما عرف فى كتاب الوكالة إن حقوق العقد راجع إلى من كان العقد مضافًا إليه، وإن دفع الكفيل المطلوب إلى الموكل برئ فى الوجهين جميعًا استحسانًا، كما فى باب البيع، إذا دفع المشترى الثمن إلى الموكل، ومن هذا الجنس القاضى أو رسوله، إذا أخذ كفيلا بنفس المدعى عليه، فإن أضاف الكفالة إلى نفسه، فحق مطالبته الكفيل بالتسليم له، وإذا سلّم إليه يبرأ، ويبرأ[1] بالتسليم إلى المدعى، وإن أضاف الكفالة إلى المدعى بأن قال : أعط كفيلا بنفسك للمدعى، فحق المطالبة للمدعى، وإذا سلم إلى المدعى يبرأ، وإذا سلم إلى القاضى أو رسوله لا يبرأ .

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم : "لا يبرأ" .

الفصل الخامس
فى الكفيل بالمال وأداء الكفيل ما كفل به

١٦٣٨٧- قال محمد : كل دين وجب على الحقيقة فى ذمة إنسان صغيرٍ أو كبيرٍ ، ذكرٍ أو أنثى ، مأذونٍ أو محجور عليه إذا كفل به إنسان ، صحت الكفالة ، إذا كان الكفيل ممن يصح منه التبرع ، ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة ؛ لأنه ليس بدين حقيقة ؛ لأن المكاتب عبد المولى ، والمولى لا يستوجب على عبده دينًا ، لكن جعل كالواجب فى حق توجه المطالبة ليتوصل المولى إلى الأداء ، فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ، ولا تصح الكفالة بالسعاية عند أبى حنيفة ، خلافًا لهما ؛ لأن السعاية عند أبى حنيفة بمنزلة بدل الكتابة ، والمستسعى بمنزلة المكاتب وعندهما المستسعى بمنزلة حر عليه دين .

١٦٣٨٨- وفى "الجامع الصغير" : وتجوز الكفالة والرهن بالخراج ؛ لأن الخراج دين ، وهو من حقوق العباد ، وليس بعقوبة ، فأشبه سائر الديون .

١٦٣٨٩- وفى كل موضع صحت الكفالة ، وأدى الكفيل ما كفل به من عنده رجع على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، ولا يرجع عليه قبل الأداء ، فرق بين الكفيل والوكيل بالشراء ، فإن للوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدى بنفسه ، والفرق : أن رجوع الوكيل على الموكل بحكم بيع حكمى ينعقد بين الوكيل والموكل ، كان الوكيل اشترى لنفسه ، ثم باع من موكله ، ولو كان هكذا حقيقة كان له أن يرجع عليه بالثمن قبل أن يؤدى بنفسه ، كذا ههنا ، أما رجوع الكفيل على المكفول عنه بحكم الإقراض ، وقبل الأداء لم يقرضه المال ، أما أقرضه الذمة للمطالبة فلا جرم إذا طولب كان له أن يطالب الأصيل ، وإذا أدى الكفيل المال من عنده ، رجع بما كفل ولا يرجع بما أدى حتى لو أدى الزيوف ، وكان قد كفل بالجياد ، يرجع بالجياد ، ولو أدى مكان الدراهم التى كفل بها دنانير أو شيئًا مما يكال أو يوزن على سبيل الصلح ، رجع بما كفل به . فرق بين هذا وبين المأمور بقضاء الدين إذا قضى ، فإنه يرجع بما قضى .

١٦٣٩٠- وإذا كفل رجل عن رجل بمال ، وأدى المكفول عنه المال إلى الكفيل

قبل أن يؤدى الكفيل إلى المكفول له ، ثم أراد ، أ يسترد ذلك من الكفيل ، فهذا على وجهين : إما أن يعطى المكفول عنه المال على وجه الرسالة ، بأن كره مطالبة الكفيل ، فأعطاه المال ، وقال : خذه وادفعه إلى المكفول له ، أو دفعه على وجه الاقتضاء ، وفى الوجهين ليس له أن يسترد المال من الكفيل ، أما إذا دفعه على وجه الرسالة ، فلأنه تعلق بالمؤدى حق المكفول له ، وبالاسترداد يبطل ذلك الحق ، وأما إذا دفعه على وجه الاقتضاء ؛ لأن الكفيل لما اقتضى الدين من المكفول عنه قبل أن يقضى دين الطالب ، فقد استعجل ماله من الدين المؤجل ؛ لأن الكفالة متى حصلت بأمر المكفول عنه فإنها توجب دينين : دينًا للطالب على الكفيل ، ودينًا للكفيل على المكفول عنه ، إلا أن ما للطالب على الكفيل حال ، وما للكفيل على المكفول عنه مؤجل إلى وقت الأداء ، فهو معنى قولنا : إن الكفيل استعجل ماله من الدين المؤجل ، ومن استعجل ماله من الدين المؤجل ، وعجّل من عليه ، لا يكون لمن عليه أن يرجع بذلك ، فإن كان الكفيل تصرف فى المال وربح ، فإن كان المكفول عنه أعطاه المال على وجه الرسالة ، لا يطيب له الربح ، سواء كان المكفول به شيئًا يتعين بالتعيين أولا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف : يطيب له ؛ لأنه مودع تصرف فى الوديعة وربح ، وإن كان المكفول عنه دفع المال على وجه اقتضاء إن كان المكفول به شيئًا لا يتعين بالتعيين ، بأن كان دراهم أو دنانير ، فإنه يطيب له الربح ، ولا يتصدق بشىء استحسانًا عندهم جميعًا .

أما على قول أبى يوسف ومحمد : فلأنه لو كان المكفول به طعامًا ، وتصرف وربح يطيب له الربح ، فإذا كان المكفول به دراهم أولى ، وأما على قول أبى حنيفة : فلأنه وإن ملك المقبوض ملكًا فاسدًا عنده من حيث الحكم ، فإن للمكفول عنه أن يسترده من الكفيل حال قيام الكفالة ، بأن يؤدى دين المكفول له قبل أداء الكفيل وبأداء الأصيل ، لا يبطل الكفالة ، بل ينتهى ، واسترداد المقبوض حال قيام العقد من حكم من ملك فاسدًا ؛ لأن من ملك دراهم أو دنانير بيعًا فاسدًا ، وقبض الدراهم أو الدنانير ، وتصرف وربح ، فإنه يطيب له الربح ، ولايتصدق بشىء ، فكذلك ههنا .

وإن كان المكفول به شيئًا يتعين بالتعيين ، بأن كان طعامًا ، فعندهما : لا يتصدق بشىء ، ويطيب له الربح ، وهو رواية عن أبى حنيفة فى كتاب البيوع ؛ لأن هذا ربح حصل على ملكه ، وذكر فى "الجامع الصغير" : أن على أبى حنيفة : يستحب له أن يرد

الربح على المكفول عنه .

وذكر فى كتاب الصلح : أن على قول أبى حنيفة : يطيب له الربح ، وذكر فى كفالة الأصل : أن على قول أبى حنيفة : يستحب له أن يتصدق به ، قالوا : وليس فى المسألة اختلاف الروايات عن أبى حنيفة ، فما ذكر فى كتاب البيوع والصلح جواب القياس ، وهو قولهما ، وما ذكر فى "الجامع الصغير" والكفالة جواب الاستحسان إلا أنه لما قال فى كتاب الكفالة و"الجامع الصغير" : أشار إلى أن الكفيل بالخيار ، إن شاء تصدق به ، وإن شاء رده على المكفول عنه ، فالحاصل على قول أبى حنيفة : يؤمر الكفيل بالتصدق استحسانًا ، وإن شاء لم يتصدق ، ورد على المكفول عنه ، وعلى قولهما : لا يؤمر الكفيل بالتصدق استحسانًا ، ولا بالرد على المكفول عنه .

١٦٣٩١- وإذا كان للرجل على رجل دراهم مؤجلة وكفل بها رجل ، ولم يسمّ فى الكفالة إلى أجل ، فإنه يصير كفيلا بالمال إلى ذلك الأجل ؛ لأن الكفيل متحمل من الأصيل ، فإنما يلزمه قدر ما لزم الأصيل ، وكان بمنزلة ما لو كفل عنه بألف درهم ، وعلى الأصيل ألف درهم زيوف ، فإنه يصير كفيلا بالزيوف ، وإن لم ينص على الزيافة فى الكفالة ، كذا ههنا ، فإن مات الكفيل قبل الأجل ، فهى عليه حالة يؤخذ من ماله ؛ لأن الأجل ثبت للكفيل ، وبموت من له الأجل يسقط الأجل عندنا .

١٦٣٩٢- وإذا أدى ورثة الكفيل الدين من التركة ، لم يكن لهم أن يرجعوا بالدين على الأصيل ما لم يحل الأجل عند علمائنا الثلاثة ، وعند زفر : يرجعون عليه للحال ، قال شيخ الإسلام : يجب أن يكون على هذا الخلاف إذا عجل الكفيل حال حياته دين الطالب ، ليس له أن يرجع على المكفول عنه قبل حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة ، والوجه لنا أن الكفيل إنما يرجع بقدر ما التزم ، وقد التزم مؤجلا ، والمعجل أزيد من المؤجل ، فلو رجعوا عليه معجلا ، فقد رجعوا بالزيادة على ما التزم ، وهو نظير ما لو كفل بالزيوف ، وأدّى الجياد ، ولو لم يمت الكفيل ، ولكن مات الذى عليه الأصيل ، أسقط الأجل فى حقه ، ولا يسقط فى حق الكفيل ؛ لأنه لو سقط فى حق الكفيل ، فقد لزمه زيادة على ما التزم ، وذلك لا يجوز .

الفصل السادس
فى الأجل والخيار والكفالة

١٦٣٩٣- قال محمد فى "الأصل" : وإذا كفل بنفس رجل إلى شهر ، أو إلى ثلاثة أيام، أو ما أشبه ذلك ، فهو جائز ؛ لأن الكفالة بالنفس كفالة بتسليم النفس ، وتسليم النفس فعل يجب فى الذمة ، وما يجب فى الذمة فقد يجب حالا ، وقد يجب مؤجلا ، وإذا صحت الكفالة ، فإنما يطالب الكفيل بعد مضى الشهر ، ولا يطالب به للحال فى ظاهر رواية أصحابنا ، فظاهر مذهب أصحابنا : أن الكفالة إذا حصلت إلى أجل ، فإنما يصير الكفيل كفيلا بعد مضى الأجل ، ويطالب به بعد مضى الأجل .

وعن أبى يوسف : أنه يطالب به فى الأجل ، وإذا مضى الأجل يبرأ الكفيل ، وهو قول الحسن بن زياد ، ومسألة الظهار والإيلاء يشهدان لهما ، فإنه إذا ظاهر منها مدة معلومة ، أو آلى معها مدة معلومة ، فالإيلاء والظهار يقعان فى المدة ، ويبطلان بمضى المدة ، ومسألة الطلاق تشهد لظاهر الرواية ، فإنه إذا قال لامرأته : أنت طالق إلى عشرة أيام ، فإنما يقع الطلاق عليها بعد مضى عشرة أيام إلا على قول زفر ، فإنه يقول : يقع الطلاق عليها للحال ، وكان القاضى الإمام أبو على النسفى يقول : قول أبى يوسف أشبه بعرفنا ، فإن الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون فى المدة لا بعدها ، ولو قال : كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ، فلو قال : كفلت بنفس فلان شهرًا ، أو قال : ثلاثة أيام ، لم يذكر محمد هذا الفصل فى الكتاب ، وقد اختلفوا فيه ، قال بعضهم : هذا ، وما لو قال : إلى شهر إلى ثلاثة أيام سواء ، ومنهم من قال : بأن فى هذه الصورة يطالب الكفيل فى المدة ، ويبرأ بمضى المدة ، وإليه مال الشيخ الإمام عبد الواحد الشيبانى .

١٦٣٩٤- وإذا كفل إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى الجزاز أو إلى المهرجان ، أو إلى النيروز ، فالكفالة جائزة إلى الأجل المسمى ؛ لأنه ما ذكر من الأجل ، وإن كان فيه نوع جهالة ، فهى جهالة مستدركة ، فإن تقدم الحصاد والدياس يتقدم الحر وتأخره

بامتداد البرد، وذلك يكون متقاربًا، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة؛ لأنها مبنية على التوسع، ألا ترى أن الجهالة فى المكفول به لا يمنع صحة الكفالة، حتى إن من قال لغيره: كفلت لك بمالك على فلان من الدين، ولم يسمّ، أو قال: كفلت لك عن فلان بما يخرج من حسابك عليه، أو بما بايعت فلانًا، فإنه يصح مع أن المكفول به معقود عليه، ففيما ليس بمعقود عليه، وهو الأجل أولى، وبه فارق البيع؛ لأن الجهالة فى المعقود عليه هناك يمنع صحة العقد، فكذا فى الأجل المشروط فيه، وهذا لأن الأجل إذا شرط فى نفس العقد يصير من العقد، ولهذا روى ابن سماعة عن محمد: أنه إذا أجل فى الثمن بعد البيع إلى الحصاد أو الدياس يجوز؛ لأنه إذا لم يكن الأجل مشروطًا فى العقد لا يصير من العقد، ولكن تأثيره فى تأخير المطالبة، ويجوز تأخير المطالبة إلى هذه الآجال[١].

فإن قيل: ما تقولون فيما إذا تزوج امرأة بصداق مؤجل إلى هذ الآجال، فإن الصداق يحتمل الجهالة المتفاوتة، ثم لا يصح اشتراط هذه الآجال فيه.

قلنا: جواب هذا الفصل غير محفوظ فى الكتب، وبين مشايخنا فيه اختلاف، قال شمس الأئمة السرخسى: الأصح عندى أن هذه الآجال تثبت فى الصداق؛ لأن اشتراط هذه الآجال لا يؤثر فى أصل النكاح، بخلاف البيع، فيبقى هذا أجلا فى الدين المستحق لا فى العقد، والمهر يتحمل جهالة الصفة[٢]، وكذلك لو قال فى الكفالة إلى العطاء أو إلى الرزق[٣]، أو إلى صوم النصارى، أو فطرهم، فهذا كله تأجيل، وإن كان فيه جهالة؛ لأنها مستدركة.

وكذلك إذا قال: إلى أن يقدم المكفول به من سفره، صحت االكفالة مع هذا التأجيل؛ لأن قدوم المكفول به من سفره ميسر لتسليم نفسه إلى خصمه، والتأجيل إلى ميسر التسليم صحيح، ثم الكفالة مع الأجل صحيحة على كل حال، جميع الآجال فى ذلك على السواء، وهل يثبت الأجل؟ ينظر، إن كان من الآجال المتعارفة، يثبت سواء

---

(١) وفى ف: "الحر هذه المدة".

(٢) هكذا فى جميع النسخ، وكان فى تصحيح ظ، : "جهالة الصفة، فكذا جهالة الأجل".

(٣) هكذا فى ظ، ف، وم، وكان فى الأصل: "الرزق".

كان أجلا يتوهم حلوله في الحال، أو لا يتوهم حلوله أصلا، كما لو كفل بنفس رجل إلى أن يقدم المكفول به من سفره، وإن لم يكن من الآجال المتعارفة إن لم يتوهم حلوله أصلا، أو كان يتوهم حلوله في الحال، لايثبت الأجل، كما لو كفل بنفس فلان إلى أن يهب[1] الريح إلى أن يمطر السماء، وإن كان لا يتوهم حلوله في الحال، ولكن يحل بعد ذلك، يثبت كما لو كفل إلى الحصاد أو إلى الدياس، هذا هو عبارة بعض مشايخنا، وعبارة بعضهم أن ذكر أجلا يتيسر به على الكفيل الأداء إن كان أجلا يتوهم حلوله في الحال، كقدوم المكفول به من سفره، وغير ذلك، وإن ذكر أجلا لا يتيسر على الكفيل الأداء به، إن كان أجلا يتوهم حلوله في الحال أو لا يتوهم حلوله أصلا لا يثبت، وإن كان أجلا لا يتوهم حلوله في الحال، ويحل بعد ذلك، يثبت على ما ذكرنا.

١٦٣٩٥- في "المنتقى" بشر عن أبي يوسف: في رجل كفل بمال عن رجل إلى العطاء، قال: يأخذه به حالا، قال بشر: وله فيه قول آخر: إنه إلى العطاء، وقال أبو حنيفة: إن رضي أن يكون إلى العطاء، وإلا لا شيء له.

١٦٣٩٦- وفي "المنتقى" أيضًا: رجل كفل بنفس رجل على أنه كلما طالبه به، أو على أنه كلما طلبه منه، فله أجل شهر، فالكفالة جائزة، وهكذا رواه ابن سماعة عن محمد، وعلّل، فقال: لأن معاملة الناس على هذا وشبهه، فمتى طلبه منه، فله أجل شهر من يوم طلبه، فإذا مضى الشهر من ذلك الوقت، فله أن يأخذه به متى شاء بالطلب الأول، ولا يكون له بالطلب الثاني أجل شهر آخر؛ لأن هذا إنما طلبه منه بالطلب الأول الذي قد أجله فيه، فهو عليه متى شاء أخذ به ما لم يدفع إليه، وإذا دفعه إليه إن قال حين دفعه إليه: برئت إليك منك، فهو بريء منه فيما يستقبل، ولو دفعه إليه، ولم يبرأ منه، فله أن يطالبه منه ثانيًا، ولا يكون ذلك براءة له فيما يستقبل، قال: لأنه قال في الكفالة على أنك كلما طلبته مني، فلي أجل شهر، فكأنه قال في الكفالة: قد كفلت لك على أنك كلما طلبته، وأفتيك به إلا أن لي أجل شهر في ذلك حتى أطلبه، وكلمة كلما يقتضي التكرار، فيقتضي تكرار الموافاة كلما تكررت المطالبة، فبالدفع إليه مرة إنما يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة، لا عن موافاة لزمته بمطالبته توجد في المستقبل، فإنما

---

(١) وفي م: "هبت الريح".

يبرأ عن ذلك بصريح الإبراء، فإذا أبرأ إليه[1] حين دفعه إليه مرة، فقد وجد صريح الإبراء، فيبرأ في المستقبل، وما لا فلا، فإن دفع إليه مرة، ولم يبرأ، فطالبه بعد ذلك، فللكفيل أجل شهر آخر أيضًا من يوم طلبه منه؛ لأن هذا الطلب غير الأول بخلاف ما إذا لم يدفعه مرة؛ لأن قبل الدفع هو طالب به بالطلب الأول.

١٦٣٩٧- رجل له على رجل ألف درهم حالة كفل رجل بها على أن الطالب متى طالبه من الكفيل، فللكفيل أجل شهر، فهذا جائز، ومتى طالبه منه، فله أجل شهر، فإذا مضى الشهر كان له أن يأخذه منه متى شاء بالطلب الأول، ولا يكون له أجل شهر، ولو كان كفل له بالمال حالا، ولم يشترط عليه أنه متى طالبه به، فله أجل شهر، ثم إن المكفول له لقيه بعد ذلك، وقال له: متى ما طلبتك بهذا المال، فلك أجل شهر، كان قوله هذا باطلا، وله أن يأخذه بالمال متى شاء.

١٦٣٩٨- وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة من ثمن بيع، فكفل بها رجل إلى سنة، فهذا على وجهين: إن أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه بأن قال: أجلني، ثبت الأجل في حق الكفيل وحده، وإن لم يضف الأجل إلى نفسه، بل ذكره مطلقًا، ورضي به الطالب، يثبت الأجل في حق الكفيل والأصيل جميعًا.

والفرق: وهو أن الأجل براءة موقتة، فيعتبر بالبراءة المؤبدة، والبراءة المؤبدة متى كانت مضافة إلى المال الذي كفل به مطلقًا، ولم يكن مضافًا إلى أحد لا إلى الكفيل، ولا إلى الأصيل، بأن قال الكفيل للطالب: صالحني عن نفس الألف التي كفلت بها على خمسمائة، فصالحه على ذلك، يثبت البراءة في حق الكفيل والأصيل جميعًا، ولو كانت البراءة مضافة إلى الكفيل، بأن قال الكفيل للطالب: صالحني عن الألف التي كفلت بها على خمسمائة على أن تبرأني من الباقي، ففعل برئ الكفيل عن الخمسمائة دون الأصيل، فكذا ههنا.

١٦٣٩٩- وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم مؤجل، فكفل بها كفيل إلى أجل مثل ذلك الأجل، أو دونه، أو أكثر منه، فهو جائز، والمال على الكفيل إلى الأجل الذي سمى، ولو كان المال حالا على الأصيل والكفيل، فأخر الكفيل المكفول عنه إلى

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "أبرأ".

أجل، صح التأخير فى حق الكفيل والمكفول عنه، ولا يصح فى حق الطالب؛ لأن تصرف الإنسان إنما يصح فيما هو حقه، ولا يصح فيما هو حق الغير حتى كان للطالب أن يطالب فى الحال إن شاء الكفيل، وإن شاء المكفول عنه، وإذا أدى الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم يمض الأجل، وإن أخر الطالب المطلوب إلى أجل صح التأخير فى حق المطلوب والكفيل جميعًا، وإن أخر الكفيل إلى أجل صح التأخير فى حق الكفيل خاصة؛ لأن التأجيل براءة موقتة، فتعتبر بالبراءة المؤبدة، ثم براءة الكفيل براءة مؤبدة لا توجب براءة الأصيل، وبراءة الأصيل يوجب براءة الأصيل والكفيل جميعًا، فكذا البراءة الموقتة، فإن أدى الكفيل فى هذه الصورة وهو ما إذا أخر الطالب الكفيل خاصة قبل مضى الأجل، لا يرجع على الأصيل ما لم يمض الأجل، هكذا ذكر فى عامة الروايات، وذكر فى بعض الروايات أنه يرجع على الأصيل قبل مضى الأجل، وإن أخر الأصيل والكفيل، وأدى الكفيل قبل مضى الأجل، لا يرجع على الأصيل قبل مضى الأجل باتفاق الروايات.

١٦٤٠٠- وإذا كفل بالقرض مؤجلا إلى أجل مسمّى، فالكفالة جائزة؛ لأن بدل القرض مضمون تجرى فيه النيابة، والمال على الكفيل إلى الأجل الذى سمّى، وعلى الأصيل حال؛ لأن الكفيل إنما يلتزم المطالبة بالعقد، وذلك يقبل التأخير بالتأجيل.

١٦٤٠١- وإذا كفل بالمال رجل، وكفل عن الكفيل رجل آخر، ثم الطالب أخر المال عن الأصيل، كان ذلك تأخيرًا عن الكفيلين، ولو أخره عن الكفيل الأول، فهو تأخير عن الكفيل الآخر، والمال على الأصيل حال.

١٦٤٠٢- وإذا كفل رجلان عن رجل بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما إلى سنة، وعلى الآخر إلى سنتين، فهو جائز، فإن حل على صاحب السنة، فأدّاه يرجع به على الأصيل؛ لأن المال على الأصيل حال، ولا يرجع به على الكفيل الآخر؛ لأن المال على الكفيل الآخر إلى سنتين، ألا ترى أن الطالب لا يطالبه إلى سنتين، فكذا هذا الكفيل.

١٦٤٠٣- ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم إلى سنة، ثم إن الكفيل باع الطالب بها عبدًا قبل الأجل، وسلمه إليه، ثم استحق العبد، فالمال على الكفيل إلى

أجله؛ لأن بالاستحقاق ينفسخ العقد من الأصل[١]، وكذلك لو رده المشترى بعيب بقضاء؛ لأن الرد بالعيب بقضاء فسخ من كل وجه فى حق الناس كافة، ألا ترى أن هذه المعاملة لو جرى بين الطالب، وبين الأصيل يعود الأجل، فكذا ههنا، وإن كان الرد بالعيب بغير قضاء، أو تقايلا البيع لا يعود الأجل، فقد فرق فى حق الأجل بين الرد بالعيب بقضاء وبين االرد بالعيب بغير قضاء، وسوّى بينهما فى الكفالة حتى قال: إذا كان بالثمن كفيل، وردّ المشترى البيع بالعيب بقضاء، أو بغير قضاء يبرأ الكفيل عن الثمن.

والفرق: أن الرد بالعيب بعد القبض قضاء، والإقالة إنما تعتبر فسخًا فى حق المتعاقدين فيما هو من أحكام العقد الذى جرى بينهما، والأجل ليس من ذلك فى شىء، وكان فى حق الأجل هذا بمنزلة بيع مبتدأ، فلا يثبت الأجل فى بدله إلا بالشرط، ولو لم يبعه الكفيل عبدًا، ولكن قضاه وعجلها، فوجدها ستوقة، فردها كان المال على الكفيل إلى أجله؛ لأنه تبين أنه ما صار قابضًا حقه، وسقوط الأجل من حكم قبضه.

وكذلك لو وجدها زيوفًا أو نبهرجة وردها بقضاء أو بغير قضاء، وهذا لأن فى باب الزيوف المقبوض إنما يصير حقًا له إذا تجوز به، فإذا لم يتجوز به لم يصر حقًا له، وسقوط الأجل باعتبار قبض الحق، وإن كان حين أعطاه المال أعلمه أنها زيوف، وقبض مع ذلك، فهو جائز؛ لأنه تجوّز بدون حقه، فيصير الكفيل قاضيًا به دينه، ولا يعتبر هذا مبادلة الأجل بالصفة.

١٦٤٠٤- وإذا كفل الرجل عن رجل بمال، وباع الأصيل من الطالب عبدًا بذلك المال، وسلمه إليه حتى برئ الكفيل من الكفالة حكمًا لبراءة الأصيل، ثم استحق العبد من يد الطالب، أو ردّه الطالب بالعيب بقضاء القاضى عاد المال على الكفيل، ولو رده بغير قضاء لا يعود المال على الكفيل، ذكر محمد فى إقرار "الأصل"[٢] فى باب الخيار فى الكفالة والإقرار بالدين: أن شرط الخيار فى الكفالة صحيح، وصورة ما ذكر محمد: إذا أقر الرجل أنه كفل لفلان بألف درهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام إن صدقه الطالب، يثبت

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "الأجل".

(٢) من قوله: "ذكر محمد فى إقرار "الأصل"" إلى قوله: "أن يكون معلومًا جاز بالاتفاق"، لم يكن فى الأصل.

الخيار ؛ لأنه ادعى شرطًا صحيحًا ؛ لأن شرط الخيار فى الكفالة صحيح ؛ لأنها عقد يقال، ويفسخ فكان كالبيع، فهو معنى قولنا : ادعى شرطًا صحيحًا، وصدقه صاحبه فيه، فيثبت، وإن جحد الطالب لا يثبت الخيار ما لم يقم البينة عليه، وفرق بين دعوى الأجل وبين دعوى الخيار، فقال : إذا ادعى الكفيل الخيار، وجحد صاحبه لا يثبت الخيار، ولو ادعى الأجل وكل به صاحبه يثبت الأجل، وذكر فى هذا الباب أيضًا : أن اشتراط الخيار فى الكفالة، فهذا أو أكثر بعد أن يكون معلومًا جاز بالاتفاق، ذكره فى "المنتقى".

وقال أبو يوسف : لا يصح شرط الخيار فى الكفالة للكفيل، ولا للمكفول له من قبل أنها وجبت بالمنطق هى مثل الطلاق والعتاق من هذا الوجه، ألا ترى أنه لو قال : أنا كفيل لك بهذا المال على أنى برىء منه إن شئت غدًا، إن الكفالة لازمة، وإنه لا يبرأ، ولو قال : على أنه إن مات، فأنا برىء منه كان بريئًا ليس هذا بخيار، ولو قال : قد كفلت لك به على أنى برىء منه من الغد، فهذا جائز، كما قال : وليس هذا بخيار، وإذا أخر الكفيل أو الأصيل شهرًا، ثم أخره سنة، دخل الشهر فى السنة، فالآجال إذا اجتمعت انقضت بمدة واحدة.

١٦٤٠٥- وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم من ثمن بيع، أو غصب وبها كفيل، فأخر الطلب المال عن الأصيل إلى سنة، فأبى أن يقبل، كان المال حالا عليه، وعلى الكفيل، وهذا الجواب لا يشكل على قول من يقول من مشايخنا : إن الطالب إذا أبرأ الأصيل، ورد الأصيل إبراءه إن رده يعمل فى حقه، وفى حق الكفيل ؛ لأن هذا القائل سوّى بين الإبراء المؤبد وبين الإبراء الموقت، وإنما يشكل على قول من يقول : بأن ردّه ثمه لا يعمل فى حقه، وفى حق الكفيل على ما يأتى بعد هذا ؛ لأن هذا القائل، فرق بين الإبراء المؤبد وبين الإبراء الموقت.

والفرق : له أنا نعتبر رد الأصيل برد الكفيل، والكفيل لو رد الإبراء المؤبد، لا يعمل رده، فكذا إذا رده الأصيل، لا يعمل رده فى حق الكفيل، وفى الإبراء الموقت لو رده الكفيل يعمل رده، فكذا إذا رده الأصيل يعمل ردّه فى حق الكفيل أيضًا.

ثم إنما وقع الفرق بين الإبراء المؤبد وبين الإبراء الموقت فى جانب الكفيل ؛ لأن

الإبراء المؤبد إسقاط محض فى حق الكفيل ليس فيه تمليك مال ؛ لأن الواجب بعقد الكفالة على الكفيل مجرد مطالبة[١]، وقد أمكننا تصحيح الإبراء من غير أن نعتبر الدين واجبًا عليه، فإنه موضوع للإسقاط، قلنا : والإسقاط المحض لا يحتمل الرد كإسقاط الخيار، فأما التأجيل، فتأخير مطالبته، وليس بإسقاط، ألا ترى أن المطالبة تعود بعود الأجل والتأخير أن يقبل الإبطال، بخلاف الإسقاط المحض[٢] إذا أقر الكفيل بالكفالة بالمال مؤجلا إلى شهر، وادعى المكفول له أن الكفالة مال، ففى ظاهر رواية أصحابنا أن القول قول الكفيل، وروى ابن سماعة عن محمد عن أبى يوسف : أن القول قول المكفول له.

(١) وفى الأصل : "مطالبته".

(٢) ما بين القوسين فى ظ فقط لا فى غيرها.

الفصل السابع
فى تعليق الكفالة بالشرط

١٦٤٠٦- قال محمد فى "الجامع الصغير" : رجل له على رجل مائة درهم كفل رجل بنفسه، وشرط فى الكفالة بالنفس إن لم يوافِ غدًا، فعليه المائة، فهذا جائز.

يجب أن يعلم أن من هذا الجنس مسائل كثيرة:

إحداها : إذا شرط الكفيل فى الكفالة بالنفس إن لم أوافك به غداً، فعلى المائة التى لك عليه صحت الكفالتان، والقياس أن لا تجوز الكفالة بالمال؛ لأن الكفالة بالمال سبب لوجوب المال، فلا يصح تعليقها بأخطار كالبيع والإجارة.

وجه الاستحسان ما أشار إليه محمد فى الكتاب، فقال : لأن هذا من عمل التجار يريد به أن تعليق الكفالة بالمال يعدم موافاة النفس معتاد فيما بين التجار، والقياس يترك بالتعامل، والمعنى فيه أن الكفالة الثانية تأكيد ما وجب بالكفالة الأولى معنى؛ لأن الكفالة بالنفس سبب للتوصل إلى المال، فكان الكفيل بالنفس كفيلا بالمال من حيث المعنى، والثانية كفالة بالمال حقيقة، فكانت الثانية مؤكدة للأولى من حيث المعنى، والمؤكد للشيء حكمه حكم ذلك الشيء، ثم الكفالة بالنفس جائزة، فكذا ما يكون تأكيدًا لها يجوز، ثم إذا لم يوافِ به غدًا يصير كفيلا بالمائة، وتبقى الكفالة بالنفس على حالها، فإن أدى الكفيل المائة بعد ذلك إلى الطالب، لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن الكفالة بالنفس حصلت مطلقة لا بالمال الذى أدى، ومن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب هذا المال، فيبرأ إذا أدى. ومن الجائز[1] أنه كفل بنفسه بسبب مال آخر، فلا يبرأ إذا أدى هذا المال، فلا يبرأ عن الكفالة بالنفس بالشك.

١٦٤٠٧- المسألة الثانية : إذا شرط فى الكفالة بالنفس : إنى إن لم أوافِك به غدًا، فعلى مالك عليه من المال، ولم يسمّ مقدار المال، صحت الكفالة الثانية أيضًا، لأ

(١) وفى الأصل : "ومن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب مال آخر، قال : يبرأ إذا أدى هذا المال، ومن إيجاب فيبرأ بأداء هذا المال، فلا يبرأ عن الكفالة بالنفس بالشك".

الكفالة المرسلة بالمال المجهول جائزة، فكذا المعلقة، فإذا لم يواف به غداً، إن توافقوا على مقدار زمن المال، أو قامت البينة بذلك، لزم الكفيل ذلك، وإن اختلفوا فى مقدار ما على المكفول بنفسه من المال، فالقول قول الكفيل لإنكاره الزيادة.

١٦٤٠٨- المسألة الثالثة : إذا شرط فى الكفالة بالنفس : إنى لم أوافك به غداً، فعلى مائة درهم، ولم يقل : فعلى المائة التى عليه، فلم يواف به غداً، ينظر إن أقر الكفيل أن له عليه مائة درهم، وقد كفل عنه بذلك يصير الكفيل كفيلا، وهذا ظاهر، وإن قال الكفيل : لم يكن للطالب عليه شىء، وكان هذا منى إقراراً للطالب بمائة درهم، وقال الطالب : كان لى عليه مائة درهم، وقد كفلت لى عنه بذلك معلقًا بعدم الموافاة، فالقياس أن لا يلزم الكفيل شىء، ويكون القول قول الكفيل، وبه أخذ محمد وهو قول أبى يوسف الأول، وفى الاستحسان : لزم الكفيل المال، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر، والوجه فى ذلك أن الكفالة بالمال إن لم تثبت نصّا ثبت عرفًا؛ لأن الكفيل علق وجوب المال بعدم موافاة النفس به غداً، وفى العرف والعادة إنما يعلق بعدم الموافاة بالمكفول به الكفالة بالمال لا الإقرار بالمال، والثابت عرفًا والثابت نصّا سواء، ولم نص الكفيل على الكفالة، وقال : إن لم أوفك به غداً، فأنا كفيل بمائة درهم، لا شك أنه يكون جائزاً، ويلزمه مائة درهم متى لم يواف به غداً، كذا ههنا.

١٦٤٠٩- المسألة الرابعة : إذا قال : إن لم أوافك به غداً، فعلى المائة الدرهم التى لك عليه، والطالب يدعى عليه مائة دينار، لا مائة درهم، فلم يواف به، لا يلزم المال بلا خلاف؛ لأن الكفيل نص على أنه كفيل عنه بمائة درهم لما قال، فعلى المائة الدرهم التى لك عليه، إلا أن الطالب كذبه فى ذلك، فقال لى : مائة دينار لا مائة درهم، فقد حصلت الكفالة بدين غير واجب.

١٦٤١٠- المسألة الخامسة : إذا قال : إن لم أوافك به غداً، فالمائة الدرهم التى لك على فلان آخر علىّ، فالكفالة الثانية جائزة بالاتفاق، إن كان ذلك الرجل شريك المكفول بنفسه فى الدين، بأن كان الدين وجب عليهما بسبب واحد، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، وإن كان ذلك الرجل أجنبيّا عن المكفول بنفسه، فالكفالة الثانية جائزة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف حتى لو لم يواف به غداً لزمه المال، وعلى قول محمد :

الكفالة الثانية باطلة؛ لأنها علقت بخطر لا تعامل الناس فيه؛ لأن التعامل فيه فى تعليق الكفالة بالمال حال عدم الموافاة بالنفس إذا اتحد الطالب والمطلوب، فأما لا تعامل إذا اختلف المطلوب، كما لا تعامل إذا اختلف الطالب والمطلوب، أو اختلف الطالب واتحد المطلوب، ولا يلزم إذا قال: إن لم أوفك به غداً، فالمال الذى لك عليه على فلان آخر، وفلان حاضر، فقبل فإنه يجوز؛ لأن هناك اتحد الطالب والمطلوب، ولأبى حنيفة وأبى يوسف: أن الكفالة بالمال حصلت معلقة بخطر للناس فيه تعامل؛ لأن التعامل حال اتحاد الطالب والمطلوب، والكفيل إنما جرى لمنفعة تعود إلى الطالب لا لمنفعة تعود إلى الكفيل وإلى المطلوب، فإنه لا منفعة للمطلوب فى هذا الخطر؛ لأن المطالبة لا يتأخر عن المطلوب بهذا الخطر، وكذا لا منفعة للكفيل فى هذا الخطر، بل له فيه ضرر، فإنه يصير فيه كفيلا بالمال أيضًا، أما للطالب فيه منفعة فإنه يحصل له بهذا الخطر زيادة وثيقة أخرى، فعلم أن التعامل فى تلك الصورة لمنفعة تعود إلى الطالب، وهذه المنفعة حاصلة للطالب، وإن اختلف المطلوب، بخلاف ما إذا اختلف الطالب؛ لأن هناك لا منفعة حاصلة للطالب الأول فى هذا، والتعامل يمنعه يعود إلى الطالب الأول.

١٦٤١١- المسألة السادسة: إذا قال: إن لم أوافِك به غداً، فالمال الذى لفلان آخر على فلان آخر، لا تصح الكفالة الثانية بلا خلاف.

١٦٤١٢- المسألة السابعة: إذا قال: إن لم أوافِك به غداً، فالمال الذى لفلان آخر على هذا المكفول به علىّ، لا تصح الكفالة الثانية أيضًا بلا خلاف، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وقيل: المسألتان على الخلاف أيضًا.

١٦٤١٣- المسألة الثامنة: إذا قال: إن لم أوفِك به غداً، فعلى مائة درهم سوى المائة التى لك عليه، فلم يوافِ به غداً، فهذه المسألة لا تتأتى على قول محمد، وإنما يتأتى على قولهما، وقد اختلف المشايخ فيها على قولهما، قال بعضهم: لا يصير كفيلا عن غريم آخر، ولا يلزم المال أصلا، وقال بعضهم: يصير كفيلا عن غريم آخر.

واختلاف المشايخ فى هذه المسألة راجع إلى اختلافهم فى المسألة المختلفة التى تقدم ذكرها أن الكفيل إذا قال: إن لم أوافِك به غداً، فعلى مائة درهم، فلم يوافِ به غداً، ثم قال: الكفيل للطالب: لم يكن لك على المكفول به شىء، وكان هذا إقرار منى

لك بألف درهم، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف: يصير كفيلا بالمال، وإذا صار كفيلا بالمال على قولهما، يصير كفيلا عن هذا المطلوب، أو عن مطلوب آخر، ففيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: البيان إليه؛ لأنه كفل عن مجهول، فإنه كما تجوز الكفالة عن هذا المطلوب تجوز عن مطلوب آخر إذا اتحد الطالب عندهما، ولم يبين أنه كفل عمن، فكان المكفول عنه مجهولا، فكان للكفيل البيان، فعلى قول هذا القائل: يصير كفيلا هنا عن غريم آخر إذا ادعى الطالب ذلك؛ لأنه نفى الكفالة عن هذا المطلوب بقوله: سوى المائة التى لك عليه، فيعلم ضرورة أنه أراد به مطلوبًا آخر، فينصرف إلى مطلوب آخر، ويكون البيان إلى الكفيل.

ومنهم من قال: فى مسألة الخلاف يصير كفيلا عن هذا المطلوب إلا أنهم يختلفون فيما بينهم فى علة تلك المسألة، بعضهم قالوا: الكفالة عن المجهول لا تجوز، والكفالة عن المعلوم جائزة، وقد ثبت أصل الكفالة بحكم العرف على ما مر، فيثبت كفالة جائزة، وإنما يجوز إذا صرفناها إلى هذا المطلوب لا إلى مطلوب آخر حتى لا يكون المكفول عنه مجهولا، فعلى قول هذا القائل: إذا قال: فعلى مائة سوى المائة التى لك عليه، لا تصح الكفالة بالمال عندهم جميعًا؛ لأن مطلوبًا آخر مجهول، وقد نفى كفالة هذا المطلوب، ومنهم من قال: الكفالة عن المجهول جائزة، وإنما انصرفت الكفالة إلى هذا المطلوب فى تلك المسألة بحكم دلالة الحال؛ لأن الظاهر من حال الكفيل أنه إذا لم يعيّن مطلوبًا يريد به هذا المطلوب، ففى مسألتنا بقى الكفالة، وإذا بقى الكفالة عن هذا المطلوب بقوله سوى الألف التى لك عليه، علمنا أنه أراد به مطلوبًا، فصرفناه إلى مطلوب آخر، ويكون للكفيل البيان.

١٦٤١٤- المسألة التاسعة: إذا قال: إن لم أواف به متى دعاه به، فعلى الألف التى عليه، ثم إن الطالب دعاه به، فدفعه إليه مكانه، فهو برئ من المال، قال شمس الأئمة السرخسى: معنى قوله دفعه إليه مكانه سلمه إليه فى المجلس الذى دعاه به. وقال شيخ الإسلام معناه: أنه كما دعاه به استغل بإحضاره، وبما هو أسباب تسليمه حتى دفعه إليه.

١٦٤١٥- المسألة العاشرة: إذا قال: إن لم أواف به غدًا، فأنا كفيل بنفس فلان،

سمى رجلا للطالب عليه حق، فالكفالة الثانية جائزة حتى إنه إذا لم يواف به غدًا، يصير كفيلا بنفس الثانى، ذكر المسألة فى "الأصل" من غير خلاف. قال مشايخنا: ينبغى أن يكون فى المسألة خلاف على قول محمد، لا تصح الكفالة الثانية استدلالا بالمسألة المختلفة الذى تقدم ذكرها، وهى ما إذا قال: إن لم أواف به غدًا، فالمال الذى له على فلان آخر على؛ لأن فى المسألتين جميعًا، الكفالة الثانية معلقة بالخطر، والطالب متحد، والمكفول به مختلف.

١٦٤١٦- وإذا كفل بنفس فلان على أنه إن لم يواف به غدًا، فالمال الذى عليه للطالب عليه، فمات المكفول به قبل مضى الغد، ثم مضى الغد، يصير كفيلا بالمال، وفيه إشكالان:

أحدهما: أن شرط الكفالة بالمال عدم الموافاة به غدًا بشرط بقاء الكفالة بالنفس، ألا ترى أنه لو أبرأ الطالب الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل مضى الغد، فلم يواف به حتى مضى الغد، لا يصير كفيلا بالمال؛ لأن الكفالة بالنفس انعقدت للإبقاء، وههنا قد انفسخت الكفالة بالنفس بموت المكفول به.

والثانى: أن شرط الكفالة بالمال عدم موافاة يقدر عليها؛ لأن حالة التعليق كان قادرًا على الموافاة به، فتتعلق الكفالة بالمال بعدم الموافاة الثانية حالة التعليق لانعدام الموافاة المطلقة هذا كما قال أبو حنيفة ومحمد فيمن قال: إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم، فعبدى حر، وفى الكوز ماء فأريق الماء قبل مضى اليوم، لا يعتق عبده؛ لأن العتق معلق بعدم الشرب القائم وقت التعليق، وهو عدم الشرب المقدور عليه، فههنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: أما الأول قلنا: بموت المكفول به لا ينفسخ الكفالة بالنفس فى حق ثبوت الكفالة بالمال متى عدم الموافاة بالنفس، وإن اعتبرت منفسخة فى حق وجوب تسليم النفس، وهذا لأن الموت غير موضوع لفسخ الكفالة، وإنما انفسخت فى حق وجوب تسليم النفس ضرورة أنه عجز عن تسليم المستحق عليه بحكم الكفالة، وهو تسليم يمكن الطالب من الخصومة معه، وهو التسليم حالة الحياة، ولا ضرورة إلى أن تعتبر منفسخة فى حق الكفالة بالمال متى عدمت الموافاة فى الغد؛ لأن عدم الموافاة مع

العجز عن تسليم النفس مما يتحقق بخلاف إبراء الكفيل ؛ لأن الإبراء موضوع لإسقاط ما كفل ، فانفسخت الكفالة بالنفس بالإبراء مطلقًا فى حق جميع الأحكام فى حق وجوب تسليم النفس ، وفى حق ثبوت الكفالة بالمال عند عدم الموافاة به .

وأما الثانى قلنا : موافاة يقدر عليها بالغد باقية بعد موت المكفول به ؛ لأن فى موافاة النفس موافاة المال معنى من حيث إنه سبب الوصول إلى المال ، فالقدرة على موافاة المال معنى باقٍ من أول الغد إلى آخره بعد موت المكفول به ؛ لأنه متى سلّم المال يكون موافيا للمال معنى وحقيقة ، وصار تقدير هذه الكفالة إن لم أوافِك المال معنى فى المدة ، فأنا كفيل بالمال حقيقة ومعنى ، ولو صرّح بهذا كان يتحقق عدم موافاة يقدر عليها فى جميع المدة ، فأما فى مسألة الشرب ، ففوات الماء لفوت القدرة على شرب ذلك الماء حقيقةً ومعنًى ، فلا يتحقق عدم شرب يقدر عليه فى جميع اليوم الذى هو شرط الحنث .

هذا إذا مات المكفول به قبل مضى الأجل ، فأما إذا مات الكفيل قبل مضى الأجل ، فإن وافى ورثة الكفيل بالمكفول به إلى الطالب بأن دفعوه قبل مضى الأجل ، لا يلزم الكفيل المال ؛ لأن موافاة الوارث وإنه قائم مقام الميت موافاة الميت لو كان حيّا ، وكذا لو دفع المكفول بنفسه نفسه عن جهة الكفالة قبل مضى الأجل ، لا يلزم الكفيل المال ، وإن لم يوافِ به حتى مضى الأجل ، وجب المال لوجود شرطه ، وهو عدم الموافاة به فى الأجل ، وكان يجب أن لا يجب المال ؛ لأن حال وجوب المال من يجب عليه ، وهو الكفيل ميت فلا يجوز ، ولا يجوز إيجاب المال على الميت ، قلنا : إيجاب المال على الميت بسبب وجد منه فى حالة الحياة جائز ، كما لو حفر بئرًا على قارعة الطريق ، فجاء إنسان ، ووقع فيه بعد موته ، ثم الورثة إذا وافوا به يجبر الطالب على القبول ؛ لأن لهم حقّا فى هذا التسليم حتى لا يلزمهما المال بعد مضى الأجل متى لم يوافوا به .

١٦٤١٧- وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوافِ به غدًا ، فالمائة الدرهم التى للطالب عليه على الكفيل ، فتغيب الطالب فى الغد ، فطلبه الكفيل ، فلم يجده حتى مضى الغد ، يلزمه المال ؛ لأن شرط ثبوت الكفالة بالمال عدم الموافاة مطلقًا ، لا عدم الموافاة مقيدًا بوجدان الطالب ، وعن أبى يوسف : أن القاضى ينصب وكيلا للطالب ليسلمه إليه .

وعلى هذا لو باع على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام، فتوارى البائع نفسه حتى مضت الأيام الثلاثة، قال الفقيه أبو الليث هذه الرواية حسنة فى موضع ظهر تعنت الخصم، وكذلك إذا قال: إن لم أوافِك به فى مكان كذا غدًا، فالمائة الدرهم التى لك عليه على، فوافوا به فى ذلك المكان، فلم يجد الطالب لزم الكفيل المال لما قلنا.

١٦٤١٨- ولو قال: إن لم أواف به فى مكان كذا، ولم يقل: أوافِك به، وباقى المسألة بحالها، فوافى به ذلك المكان، فلم يجد الطالب لا يلزمه المال؛ لأن فى هذه المسألة شرط ثبوت الكفالة بالمال عدم الموافاة به فى ذلك المكان، لا عدم الموافاة به إلى الطالب، ولم يوجد.

١٦٤١٩- ولو قال: إن لم أوافِك به جلس القاضى، فلم يجلس القاضى أيامًا، وطالب الطالب الكفيل بالمكفول به، فلم يوافِه، فلا شىء على الكفيل؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بعدم الموافاة إذا جلس القاضى لا بعدم الموافاة مطلقًا.

١٦٤٢٠- إذا قال للطالب: إن لم يعطِك فلان مالك عليه، فهوعلى، فتقاضاه ولم يعطِه، فإنه يصير كفيلا بالمال استحسانًا؛ لأن تقدير هذه الكفالة: إن لم يعطِك فلان مالك عليه وقت الطلب، فأنا كفيل بذلك، عرف هذا التقدير من جهة العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس فى مثل هذه الكفالة تعليق الكفالة بعدم الإعطاء وقت الطلب، وستأتى هذه المسألة مع نظائرها بعد هذا.

١٦٤٢١- وفى "المنتقى": إذا كفل رجل بنفس رجل على أن المكفول بنفسه إن غاب عنه، فالكفيل ضامن لما عليه، فغاب المكفول بنفسه إلى الكوفة، ثم رجع ودفعه الكفيل إلى الطالب، فالمال على الكفيل؛ لأن المال قد لزم الكفيل حين غاب، فلا يبرأ عنه إلا بالأداء أو بالإبراء، ولم يوجد.

١٦٤٢٢- ولو قال الكفيل عند الكفالة: إن غاب عنك، ولم أوافِك به، فأنا ضامن للمال الذى عليه، فغاب المكفول به إلى الكوفة قبل أن يوافيه، ثم رجع ودفعه الكفيل إليه، فالمال لازم على الكفيل، وهذا بمنزلة قوله: إن غاب قبل أن أوفيك به، ولو قال: إن غاب فلم أوافِك به، فهذا على أن يوافى به بعد الغيبة.

١٦٤٢٣- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: إن كفل بنفس رجل على أنه إن

أوفى به ما بينه وبين شهر وإلا فالمال على لازم، فهذا صحيح لو وافاه به فيما بينه وبين شهر، فهو برىء عن الكفالة، وعن ضمان المال، وليس للمكفول أن يأخذ الكفيل بالمال، ولا بالرجل إلى أن يمضى الشهر، فإن مضى الشهر قبل أن يوافيه، فعليه المال، وإن مات الذى كفل بنفسه فى الشهر قبل أن يوافى به الكفيل، فإن ذلك لا يخرج الكفيل من الضمان، وليس للمكفول له أن يأخذ الكفيل بالمال حتى يمضى الشهر، فإذا مضى الشهر الآن يؤاخذ[1] به؛ لأنه لم يوافِه بالرجل كما كفل له.

١٦٤٢٤- وفى "المنتقى": إذا كفل الكفيل بالنفس إن آتك به غداً مجلس القاضى، أو قال: إلى مجلس القاضى فأنا ضامن بمالك عليه، . فهذا على أن يوافى به، ويدفعه إليه، فإن لم يدفعه إليه فهو ضامن للمال، ولم يذكر ما إذا قال: إن لم آتِ به، ولم يقل: إن لم آتك به، وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا فى قوله: إن لم أوافِ به يجب أن لا يشترط الدفع، بل يكفى الإتيان به فى مجلس القاضى.

١٦٤٢٥- إذا قال للطالب: اگر فلان عاجز آيد از دادن مالك عليه من المال، فأنا كفيل به، أو قال: فأنا ضامن بمالك عليه، فقد قيل: إنما يظهر عجزه إذا طالبه بالأداء، ولم يقدر عليه، وقيل: إنما يظهر عجزه بالحبس مدة يعلم أنه لو كان قادراً على الأداء لما تحمل مرارة الحبس تلك المدة.

١٦٤٢٦- وفى "نوادر ابن سماعة" إذا قال لغيره: إن لم يعطك فلان مالك عليه، فأنا له ضامن، قال: فإنما يلزمه المال إذا تقاضاه، فقال: لا أعطيك، وقد مرّ هذا، زاد فى رواية ابن سماعة قال: أو بموت المطلوب قبل أن يتقاضاه، وعلى هذا إذا قال: إن لم يدفع فلان مالك عليه، فهو لك على إن لم يقضك فلان مالك عليه، فهو عليه، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب بماله عليه، فقال: لا أدفعه إليك، لا أقضيك، أو قال: لا شىء لك على، فالمال فى تلك الساعة على الكفيل، وللطالب أن يخاصم الكفيل فى سبب المال على الذى عليه الأصيل إن جحده، وأن يأخذه، ولو تقاضاه فقال: أنا أعطيك، فإن أعطاه مكانه، أو ذهب به إلى السوق، فأعطاه أو ذهب به إلى منزله، فأعطاه فهو جائز، ولا يلزم الكفيل إذا جاء من فعل الذى عليه الأصيل أمر متعارف يشبه

(١) وفى الأصل: "فإذا مضى الشهر له أن يؤاخذ به . . . إلخ".

هذا، أو نحوه، وإن طال ذلك، ولم يعطِه من يومه، لزم المال الكفيل، ولو قال له: إن تقاضيت فلانًا مالك عليه، فلم يعطِه، فأنا ضامن، فمات المطلوب قبل أن يعطيه، بطل الضمان.

١٦٤٢٧- وإذا ادعى رجل على آخر مائة، ولم يدع المائة الدينار، بل ادعاه المائة مطلقة، أو ادعى مالا مطلقًا أو حقّا مطلقًا، أو ادعى دنانير مطلقة، ولم يبين قدرها، فقال رجل: دعه وأنا كفيل بنفسه، فإن لم أوافِك به غدًا، فعلى مائة دينار، ورضى به الطالب، فلم يوافِ به غدًا، فعليه مائة دينار فى الوجهين عند أبى يوسف إذا ادعى صاحب الحق المائة الدينار، وهو قول أبى حنيفة.

وقال محمد: إذا ادعاها ولم يسمّها حتى كفل له بمائة دينار، ثم ادعى بعد ذلك لايلتفت إلى دعواه، لمحمد فى المسألة طريقان: أحدهما: ما اختاره مشايخ سمرقند أن الكفيل التزم المائة الدينار معلقًا بعدم الموافاة من غير نسبة إلى ما عليه، والتزام المال من غير نسبة إلى ما على المطلوب فى معنى الرشوة، والرشوة حرام، وهذا الطريق يشير إلى أنه وإن كان المال مقدّرًا مبينًا فى الدعوى أنه لا يصح الالتزام إذا لم يقل: الكفيل المائة الدينار التى لك عليه.

الثانى: ما اختاره أبو الحسن الكرخى أن الكفالة بالنفس وقعت باطلة إذا لم يدّع شيئًا معلومًا؛ لأنه لم يستوجب الإحضار إلى مجلس الحكم، فلا تصح الكفالة بالمال؛ لأنها بناء على الكفالة بالنفس، وهذا الطريق يشير إلى أنه متى ادعى مالا معلومًا أنه تصح الكفالة بالمال؛ لأنه تصح الكفالة بالنفس، وهما قالا: تصرف العاقل يحمل على وجه الصحة ما أمكن، وقد أمكن هنا، أما إذا كان المال مقدّرًا فى الدعوى فلأن الكفالة بالنفس قد صحت، والكفالة بالمال بناء عليها، والبناء عليها دليل على تقييد الكفالة بالمال المدعى، هذا هو المتعارف فيما بين الناس أن الكفيل بينهم بما كفل به، ويريد به ما تناوله الدعوى.

وأما إذا لم يكن المال مقدّرًا فى الدعوى فلأن الدعوى قد صحت، وإن كان المال مجملا، وهذا متعارف بين الناس أن المدعى يحمل المدعى، ولا يبين إلا عند القاضى صيانة لكلامه إلى وقت الحاجة، فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من

جهته، فإذا بين ذلك يصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى، فيظهر به صحة الكفالة بالنفس، وإذا صحت الكفالة بالنفس صحت الكفالة بالمال؛ لأنها بناء عليها.

١٦٤٢٨- وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدًا، فعليه ما يقر به المطلوب للطالب، فالكفالة الثانية جائزة، حتى إن الكفيل إن لم يواف به غدًا، وأقر المطلوب بعد ذلك بشيء، أخذ الكفيل به، أقر الكفيل بذلك، أو جحد.

فرق بين هذا وبينما إذا قال: إن لم يواف به غدًا، فعلى ما يدعى الطالب عليه، فلم يواف به غدًا، وادعى الطالب ألف درهم، أقر المطلوب بذلك، أو جحد أنه لا يلزم الكفيل شيئًا إذا أنكر الكفيل ذلك إلا أن يقيم الطالب البينة على ذلك، أو ينكل الكفيل.

والفرق: أن الكفالة فى مسألة الإقرار مضافة إلى سبب الوجوب من كل وجه، وهو إقرار المطلوب فى المستقبل، فالإقرار سبب الوجوب من كل وجه فى حق الطالب والمطلوب جميعًا، وإضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه جائز على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، فأما فى مسألة الدعوى فالكفالة ما أضيفت إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه، فإن الدعوى فى المستقبل سبب الوجوب فى حق المدعى دون المدعى عليه، فإن الحق واجب فى زعم المدعى دون المدعى عليه، وإضافة الكفالة إلى المستقبل عرف جوازها، بخلاف القياس إذا أضيف إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه، فعند إضافتها إلى ما هو سبب الوجوب من وجه يرد إلى ما يقتضيه القياس، وإذا كانت هذه الكفالة باطلة إذا أضيفت إلى مجرد الدعوى فى المستقبل الذى هو سبب الوجوب من وجه يجعل مضافة إلى دعوى يثبته الطالب ببينة أو بنكول الكفيل حتى تصير مضافة إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه لا يلغو هذه الكفالة، وصار تقدير هذه الكفالة، كأن الكفيل، قال: أنا كفيل لك بما تدعى أن ثبت دعواك بما هو حجة فى حقى، وإن صرّح بهذا ثم أنكر الكفيل ما ادعاه لا يلزمه شيء ما لم يقم المدعى البينة، أو ينكل الكفيل، كذا هنا.

وفرق بين مسألة الدعوى هذه وبين ما إذا ادعى على آخر ألف درهم، وأنكر المطلوب ذلك، فقال رجل: أنا كفيل بنفسه على أنى إن لم أوافِك به غدًا، فعلى ما ادعيت عليه من الألف الدرهم، فالكفالة جائزة، ويلزم الكفيل ما ادعاه الطالب، جوّز

الكفالة مضافة إلى الدعوى المجرد متى أضافها إلى دعوى موجود، سبق من المدعى، ولم يجوّزها مضافًا إلى الدعوى المجرد متى أضافها إلى دعوى يوجد فى المستقبل.

والفرق وهو أن الدعوى إن كان موجودًا، فهو سبب الوجوب فى حق المدعى إن لم يكن سبب الوجوب فى حق المدعى عليه، وكانت الكفالة مضافة إلى ما هو واجب للحال من وجه، وصحة الكفالة بما هو واجب فى الحال من كل وجه على موافقة القياس، فيمكن تصحيحها مضافة إلى ما هو واجب من وجه قياسًا على الواجب من كل وجه، أما الكفالة المضافة إلى ما هو سبب الوجوب فى المستقبل من كل وجه على مخالفة القياس بالتعامل، فلايمكننا أن نقيس عليه ما هو مضاف إلى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس.

١٦٤٢٩- وإذا قال الرجل: إن مات فلان قبل أن يعطيك الألف التى لك عليه، فأنا كفيل بها، أو كانت الألف إلى أجل، فقال: إن حلت ولم يعطِك، فأنا كفيل بها، فذلك جائز، فإن ادعى الكفيل بعد موت المطلوب، أو بعد مضى المدة أن المطلوب أعطاك المال، ولم أصر كفيلا، وقال الطالب: لم يعطنى وصرت كفيلا، فالقول قول الطالب مع يمينه، هكذا ذكر محمد المسألة فى "الأصل"، قال القاضى الإمام أبو جعفر: ما ذكر محمد استحسان، والقياس أن يكون القول قول الكفيل.

وجه القياس: أن الكفيل إن كان مدعى الإعطاء صورة، فهو منكر معنى؛ لأن بدعوى الإعطاء ينكر ثبوت الكفالة، والعبرة فى باب الدعاوى والإنكار للمعنى، ألا ترى أن من قال لعبده: إن لم أدخل الدار اليوم، فأنت حر، فمضى اليوم، فقال العبد: لم تدخل وعتقت، وقال المولى دخلت، ولم يعتق العبد، فالقول قول المولى لأنه يدعى الدخول ينكر ثبوت العتق، فكان منكرًا معنى، وإن كان مدعيًا صورة، كذا ههنا.

وجه الاستحسان: أن الاختلاف من حيث الصورة وقع فى وجود شرط الكفالة، وهو عدم الإعطاء، وأمكن اعتبار المنازعة فى عين ما وقع فيه الاختلاف صورة، فلا يلتفت إلى المعنى، بيانه: أن المنازعة وقعت فى إيفاء الدين، والمنازعة فى إيفاء الدين معتبرة فى الجملة، ويكون القول قول من ينكر الإيفاء، كما لو لم يكن بالمال كفيل، ووقع الاختلاف بين رب الدين وبين المديون فى الإيفاء، كان القول قول الطالب مع

يمينه، فهو معنى قولنا : أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع الاختلاف فيه صورة، وباعتبار ما وقع فيه التنازع صورة الطالب منكر، فيكون القول قوله، وإذا صار القول قول الطالب أنه لم يعط الدين، ثبت شرط ثبوت الكفالة بالمال، فلزمه الكفالة، أما فى مسألة اليمين تعذر اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة، وهو الدخول، وعدم الدخول، ألا ترى أنه لو وقعت المنازعة فى الدخول وعدم الدخول ابتداء من غير أن يكون فيه تعليق العتق، لا تعتبر المنازعة أصلا، فاعتبرنا المنازعة فى المعنى، ومن حيث المعنى المولى منكر للعتق.

الفصل الثامن
في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا

١٦٤٣٠- قال محمد: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، وكفل بها رجل على أن يعطيها إياه من وديعة المطلوب عنده، فالضمان جائز حتى يجبر المودع على إيفاء الدين من الوديعة كما كان يجبر على الإيفاء لو كفل بالمال مطلقًا، قالوا: وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز الضمان، وبالقياس أخذ زفر، وجه القياس أنه تعذر تصحيح هذا الضمان؛ لأنه لو صح تصير الوديعة مضمونة الرد على المودع بالشرط، فإنه بهذا الضمان التزم ردها على غريم المودع، والوديعة لا تصير مضمونة الرد بحال.

وجه الاستحسان: أنه ضمن تسليم عين ما هو قادر على تسليمه، فيصح كما لو ضمن الأداء من مال نفسه، وما يقول: بأنه لو صح الضمان، تصير الوديعة مضمونة الرد بالشرط، قلنا: الوديعة لا تصير مضمونة الرد بالشرط مقصودًا إنما تصير مضمونة الرد حكمًا للعارية، فإن صاحب المال لو أعار الوديعة من المودع، صار مضمونة الرد عليه، ولما أمره صاحب الوديعة أن يقضي ما ضمن من الوديعة، فقد أعار الوديعة منه معنى؛ لأن الكفيل فيما يؤدى قاضٍ من نفسه، فيصير بمعنى المنتفع بالوديعة كالمستعير للوديعة، والوديعة مما تصير مضمونة الرد بالإعارة، فإن هلكت الوديعة، فلا ضمان على الكفيل؛ لأن الوديعة بهذا الضمان صارت مضمونة الرد على المودع لا مضمونة العين، وكذلك لو أن صاحب الوديعة طلب من المودع أن يضمن الوديعة حتى يدفعها إلى فلان قضاء بدينه هذا، ففعل كان جائزًا، وهذه المسألة والمسألة الأولى سواء إلا أن الكفالة في المسألة الأولى ثابتة نصّا، بأن موضوع المسألة الأولى أن المودع كفل بالألف، والكفالة في هذه المسألة ثابتة اقتضاء، فإنه ضمن دينه من الوديعة، وضمان قضاء الدين عن الغير كفالة.

ولو ضمن له ألف درهم على أن يعطيها إياه من ثمن هذه الدار، فلم يبع الدار لم يكن على الكفيل ضمان؛ لأنه إنما ضمن الألف على أن يقضيها من ثمن هذه الدار، فما

لم يصل إليه ثمن الدار بالبيع، لا يلزمه شيء، ولا يجبر الكفيل على بيع الدار، وكان يجب أن يجبر ؛ لأنه ضمن قضاء ما كفل به من ثمن الدار، وقد صح الضمان وهو لا يقدر على ذلك إلا بالبيع، فيلزمه البيع.

قلنا : إنما يلزمه البيع إذا لزمه الأداء قبل البيع، ولا يلزمه الأداء قبل البيع ؛ لأن الكفالة مضافة إلى ثمن الدار، ولا يوجد ثمن الدار إلا بالبيع، فيصير كالكفالة المضافة إلى وقت في المستقبل، وهو ما بعد بيع الدار، والكفالة إلى وقت لا يعمل قبل وجود الوقت.

وفي "المنتقى" : ولو أن هذا الضامن رد دراهم الوديعة على صاحبها، أو أخذها صاحبها منه، فالمال على الضامن، ولو كان ضمن على أن يعطيها من ثمن عبد هو وديعة عنده للمطلوب، فرد الضامن العبد على المطلوب، أو أخذه المطلوب منه، فلا ضمان عليه، ولايشبه هذا وديعة الدراهم وأشار إلى الفرق، فقال : لأنه يجبر على أن يعطيه من ذلك المال، وذكر شيخ الإسلام في شرح مسألة دراهم الوديعة، وذكر أنه ليس لصاحب الوديعة أن يأخذ الدراهم من الكفيل لصيرورتها مشغولة بحق الطالب، ثم قال : وإن اغتصبها رب الوديعة أو غيره، أو استهلكها، برئ الكفيل، وأنه يخالف رواية "المنتقى".

ولو ضمنها على أن يقبضها من ثمن هذه الدار، فباع الدار بعبد، لم يلزمه المال، ولم يجبر على بيع العبد في الضمان، فإن باع العبد بعد ذلك بدراهم، جعلت عليه أن يقبضه من تلك الدراهم استحسن ذلك.

وفيه أيضًا : ضمن عن رجل مالا على أن يعطيه من ثمن هذا العبد، والعبد للكفيل، فمات العبد قبل أن يبيعه بطل الضمان عن الكفيل، وإن باع العبد بمائة درهم، وهي قيمته، والدين ألف لم يلزمه من الضمان إلا بقدر قيمة العبد. وقال أبو يوسف : إن ضمن على أن يعطيه من مال المكفول له، أو على أن يعطيه من ثمن هذا العبد، وليس العبد له، فالضمان باطل، وإن ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده، ولا عبد له، فالضمان لازم من قبل أنه اشترط أن يعطيه ذلك من شيء مجهول، وليس هذا كالشيء بعينه، ألا ترى أنه لو قال : من مالي، ولا مال له، لزمه الضمان.

١٦٤٣١- رجل ضمن لرجل مائة درهم على أن يعطيه نصفها ههنا، ونصفها بالرى، ولم يوقت، فله أن يأخذه حيث شاء، وإن كان المضمون شيئًا له حمل ومؤنة يأخذه حيث ما شرط.

١٦٤٣٢- وإذا قال لغيره: ضمنت لك ألف درهم على أن لا أؤديها إليك، فهو باطل، ولو قال: على أن لا أؤديها إليك حال حياتى، فهو جائز، ويؤخذ المال بعد موته من ميراثه.

١٦٤٣٣- رجل قال الآخر: ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان، فرضى الطالب، فإن أحاله الضامن على فلان، فهو جائز، وإن أبى فلان أن يقبل الحوالة، فالضامن ضامن على حاله، إن شاء الطالب، أخذه، وإن شاء أخذ الذى عليه الأصل. ولو قال: ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك بها على فلان إلى شهر، فهذا على أن يحيله بها على فلان متى شاء، فيكون على المحتال عليه إلى شهر - والله أعلم بالصواب-.

الفصل التاسع
فى الكفالة بما ذاب لك على فلان أو ما أقر لك به فلان أو ما بايعت فلانًا وما يتصل بها

١٦٤٣٤- قال محمد فى "الأصل": إذا قال الرجل لغيره: ما ذاب لك على فلان، فهو عليّ، ومعناه: وما يذوب لك على فلان، ورضى به الطالب، ثم إن المطلوب أقر بوجوب شيء معين على نفسه بعد ذلك، وأنكر الكفيل ذلك، لزم االكفيل ما أقر به؛ لأن شرط الكفالة قد تحقق؛ لأن من شرط الكفالة وجوب مال على المطلوب لما أقر به، وظهر الوجوب فى حق الكفيل بما هو حجة، وهو الإقرار معاينة، فإن المعاينة حجة فى حق الناس كافة، ألا ترى أن من قال لغيره: إن وجب لك على فلان ألف درهم فعبدى حر، ثم إن فلانًا أقر للمخاطب بألف درهم، ثبت العتق، وإن أنكر صاحب العبد ذلك، وطريقه ما قلنا، وهذا بخلاف ما لو قال: ما قضى به لك عليه، فهو على حيث يلزمه ما قضى به على المطلوب بعد الكفالة، ولايلزمه ما يقربه المطلوب لعدم الشرط؛ لأن الشرط فى هذه المسألة القضاء.

ولو قال: ما أقر لك فلان من شيء، فهو لك عليّ، فأقر له فلان بشيء وأنكر الكفيل ذلك، لزمه، والكلام فى هذه المسألة أظهر من الكلام فى مسألة أول الفصل؛ لأن ههنا على الكفالة بالإقرار نصًا، إلا أن فرق ما بينهما أن فى تلك المسألة إذا وجب المال بأى سبب ما وجب، يلزم الكفيل، وههنا لو وجب المال بسبب آخر، سوى الإقرار من المداينة أو القضاء لايلزمه؛ لأن هناك لم يذكر للوجوب سببًا، فبأى سبب وجب على المطلوب، يلزم الكفيل وههنا عيّن السبب، وهو الإقرار، فلا يلزمه شيء بدون الإقرار.

١٦٤٣٥- ولو قال: مالك على فلان، فهو عليّ، فقال فلان له على كذا، وأنكر الكفيل ذلك، لا يلزم الكفيل شيء ما لم يثبت ذلك بالبينة، أو بنكول الكفيل أن له عليه كذا وكذا، وكذلك إذا قال: ما أقر به فلان لك أمس، فهو على، فقال المطلوب: قد

أقررت له أمس بكذا، وجحد الكفيل ذلك، لا يلزم الكفيل شيء ما لم يثبت إقراره أمس بالبينة؛ لأن شرط الكفالة في الأول وجوب مال عليه قبل الكفالة، وفي الفصل الثاني إقراره أمس، وهذا شرط لم يثبت معاينة إنما يثبت بإقرار المطلوب، وإقراره حجة عليه، وليس بحجة على غيره، واعتبره بما لو كان المعلق به عتقًا لا يثبت العتق في هذه الصورة بمجرد إقرار المطلوب، بخلاف قوله: ما أقر لك به فلان؛ لأن شرط الكفالة في هذه الصورة إقرار يوجد منه في المستقبل، وإنه وُجد معاينة، والمعاينة حجة في حق الناس كافة.

١٦٤٣٦- ولو قال: ما أقر لك به من شيء فهو علي، فقامت عليه بينة أنه كان قد أقر له قبل الكفالة بألف درهم، فإنه لا يلزم الكفيل؛ لأن شرط الكفالة إقراره في المستقبل لا إقراره فيما مضى.

١٦٤٣٧- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف: إذا قال لغيره: بع خادمك هذا فلانًا بألف درهم على أني ضامن بهذه الألف، فباعه إياه بألفين، لم يلزم الكفيل إلا الألف، ولو باعه إياه بخمسمائة، ضمن خمس مائة. ولو باع نصفها بخمسمائة ضمن خمس مائة.

١٦٤٣٨- رجل ضمن لرجل عن رجل ما قضى له به عليه، وغاب المكفول عنه، وأقام [الطالب][1] بينة على الكفيل أن له على الغائب ألف درهم، فالقاضي لا يقضي بذلك لا على الكفيل، ولا على الغائب؛ لأنه ادعى كفالة غير لازمة؛ لأن لزومها بالقضاء على الأصيل، ولم يثبت ذلك بعد، ألا ترى أن الكفيل لو أقر بهذا، فقال: نعم لك عليه ألف درهم، لكن لا أعطيك حتى يقضى لك عليه، لم يلزم الكفيل شيء، وإذا ادعى كفالة غير لازمة، لم يكن الكفيل خصمًا له حتى ينتصب هو خصمًا له عن الغائب، فصار القضاء على الغائب مقصودًا، وإنه باطل حتى لو قال الطالب: إني قدمت المطلوب إلى فلان القاضي، وأقمت عليه البينة بألف درهم بعد الكفالة، وقضى لي بذلك، وأنكر الكفيل، فأقام الطالب بينة على الكفيل بذلك، قضى القاضي عليه بالألف؛ لأنه ادعى عليه كفالة لازمة؛ لأن لزومها بالقضاء على الأصيل، وقد أثبت

---

(١) زيد من م.

الطالب ذلك بالبينة، فوجب القضاء على الكفيل، ويكون ذلك قضاء على الغائب؛ لأنه لا يمكن القضاء على الكفيل إلا بعد قضاء أن المال لازم على الأصيل مقتضى[1] به، فكان الإثبات على الأصيل سببًا للثبوت على الكفيل، فانتصب الكفيل الحاضر خصمًا عن الغائب، وفى هذه الكفالة بأمر، والكفالة بغير أمر سواء إلا أن الكفالة إذا كانت بغير أمر، فالكفيل لا يرجع بما يؤدى، وهذا ظاهر.

١٦٤٣٩- قال محمد فى "الجامع": إذا قال الرجل لغيره: اضمن لفلان عنى ثمن ما بايعنى به، أو قال: ما داينني، أو قال: ما أقرضنى، ففعل ذلك، وغاب الآمر، فأقام الطالب بينة على مبايعة أو مداينة، أو أقرضه إياه بعد الكفالة، قضى القاضى على الكفيل بالمال؛ لأنه ادعى عليه كفالة؛ لأنه أثبت المال على الأصيل بالصفة التى كفل بها الكفيل، فنزل إثبات بالبينة منزلة ثبوته بالمعاينة، ويكون هذا قضاء على الغائب؛ لأنه لا يمكن القضاء على الكفيل بالمال إلا بعد إثبات الوجوب على الأصيل، فكان الإثبات على الأصيل سببًا لثبوته على الكفيل، فانتصب الحاضر عن الغائب، وفى هذه الكفالة بأمره، والكفالة بغير أمره سواء، فإن غاب الطالب، وحضر الأصيل، فادعى الكفيل على الأصيل إن الطالب داينك ألف درهم، وإنى قضيته عنك عن الكفالة التى أمرتنى بها، وجحد الأصيل ذلك كله، أو أقر بالمداينة وجحد القضاء، فأقام الكفيل عليه البينة بذلك، قضى القاضى بالمال على الأصيل لثبوت الأداء فيه بعد المداينة بالبينة العادلة، ويكون ذلك قضاء على الغائب؛ لأنه لا يمكن القضاء على المكفول عنه إلا بعد القضاء بأداء الكفيل على الطالب، فتعدى القضاء إلى الغائب لهذا المعنى.

١٦٤٤٠- ولو كفل بنفسه على أنه ضامن لما قضى به عليه قاضى الكوفة، فقضى بذلك قاضى غير الكوفة، فهو لازم للكفيل، ولو قال: إنه ضامن لما حكم به عليه فلان الحكم، فحكم بذلك حكم آخر، لا يلزم الكفيل، وإذا قال لغيره: ما ذاب لك على فلان، فهو على، فغاب المطلوب، وادعى الطالب عليه مالا، وأقام البينة على الكفيل، لا تقبل بينته، ولو أقام البينة على أنه ذاب له على المطلوب كذا بعد الكفالة، أو باع منه كذا بكذا، قبلت، وانتصب الكفيل خصمًا عن الغائب فى هذه الصورة؛ لأنه فى

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م: "فقضى"، وفى الأصل: "مضى".

الصورة الأولى ادعى كفالة غير لازمة؛ لأن لزومها معلق بالوجوب فى المستقبل؛ لأنه معنى قوله : ما ذاب لك على فلان ، فهو على ، وفى الصورة الأولى ما ادعى الوجوب فى المستقبل . أما فى الصورة الثانية أثبت الوجوب فى المستقبل ، فكان مدعيًا كفالة لازمة؛ لأن الطالب ادعى عليه حقًا فى الحال بسبب ادعاءه على الغائب ، ولا كذلك الصورة الأولى .

الفصل العاشر
فى براءة الكفيل بإبراء ومن غير إبراء
وفى تعليق البراءة بالشرط وفى هبة الدية من الكفيل

١٦٤٤١- قال أصحابنا: الكفالة بالنفس متى صحت، فالبراءة عنها إنما تكون بأحد الأشياء الثلاثة: إما بتسليم المكفول به إلى الطالب؛ لأنه أدى ما التزم، ولا يشترط للبراءة أن يقول: فى الكفالة إذا دفعته إليك، فأنا برىء، وإما بإبراء المكفول له إياه عنها؛ لأن تسليم النفس وجب حقًا للمكفول له، فيسقط بإسقاطه، وإما بموت المكفول عنه؛ لأنه بموته يعجز الكفيل عن تسليمه، والعجز عن التسليم يسقط الوجوب.

١٦٤٤٢- قال محمد فى "الأصل": رجل له على رجل ألف درهم، وكفل بها كفيل، ثم إن الكفيل صالح مع الطالب على مائة درهم، فهذه المسألة على أربعة أوجه: إما أن شرطا فى الصلح براءة الأصيل والكفيل، أو شرطا براءة الأصيل خاصة، أو شرطا براءة الكفيل خاصة، أو لم يشترطا براءة واحد منهما، بأن قال الكفيل: صالحتك عن الألف على مائة، ولم يزد[1] على هذا، فإن شرطا فى الصلح براءتهما برئا عن تسعمائة، ورجع الكفيل على الأصيل بمائة، وإن شرطا براءة الأصيل خاصة، فكذلك الجواب؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإن شرطا براءة الكفيل خاصة، لزم الكفيل، ولا يبرأ الأصيل؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بمائة، وإن لم يشترطا براءة واحد منهما فى الصلح برئًا جميعًا عن تسعمائة؛ لأن الصلح مضاف إلى الألف، والألف فى ذمة الأصيل لا فى ذمة الكفيل، بل الواجب على الكفيل بنفس الكفالة مجرد مطالبة على ما مر، وإذا كان الألف واجبة فى ذمة الأصيل دون الكفيل، والصلح مضاف إلى الألف، صارت البراءة مشروطة للأصيل، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل حتى لو لم يكن الصلح مضافًا إلى الألف، بأن قال الكفيل للمطلوب: صالحتك على مائة، ولم يقل: عن الألف، برئ

---

(١) كذا فى الأصل وفى "ظ": لم يرد مكان "لم يزد".

الكفيل عن الكفالة، وتبقى التسعمائة فى ذمة الأصيل.

ذكر محمد فى "الجامع الصغير" فى جنس هذه المسألة؛ لأن الصلح جرى بين الكفيل والطالب، والكفيل مطالب بالألف، وإن لم يكن الألف عليه، فإنما أبرأه عن المطالبة بالألف بشرط أن يؤدى خمسمائة، فيصح وبطلت المطالبة، فأما أصل الحق على المكفول عنه، يبقى واجبًا؛ لأنه لم يوجد الأداء والإبراء.

فإن قيل: إذا كان الصلح مضافًا إلى الألف، ولم يشترط فى الصلح براءة واحد منهما، لم لا نجعل الألف واجبًا فى ذمة الكفيل مقتضى صحة الصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة مشروطة للكفيل، كما لو صالح على خلاف جنس حقه، فإنه يعتبر الألف واجبًا فى ذمته مقتضى صحة الصلح، حتى كان له الرجوع بجميع ما كفل على المطلوب.

قلنا: الألف إنما يعتبر واجبًا فى ذمة الكفيل وقت حاجتنا إلى تمليك الألف منه، ومتى وقع الصلح على خلاف جنس الحق احتجنا إلى تمليك الألف منه؛ لأن الدنانير تصلح بدلا عن جميع الألف، وفى مسألتنا هذه لا حاجة بناء إلى تمليك الألف من الكفيل حتى يعتبر الدين واجبًا فى ذمة الكفيل؛ لأن المائة لا تصلح عوضًا عن الألف، فيكون مبرئًا عن تسعمائة، والإبراء فى موضوعه للإسقاط لا للتمليك، فلا يعتبر الألف واجبًا فى ذمة الكفيل، فلا تكون البراءة مشروطة للكفيل.

١٦٤٤٣- ولو كان صالحه على مائة درهم على إن وهب التسعمائة للكفيل، رجع الكفيل على الأصيل بجميع الألف، بخلاف ما إذا صالحه على أن أبرأه عن التسعمائة، فإن هناك الكفيل يرجع على المطلوب بمائة درهم، لا غير، والفرق أنا نعتبر إبراء البعض وهبة البعض بإبراء الكل وهبة الكل، ولو وهب من الكفيل جميع الدين، رجع على المطلوب بجميع ما كفل به، ولو أبرأ الكفيل عن جميع الدين، لا يرجع على المطلوب، فكذا إذا وهب البعض، وأبرأ عن البعض، ثم إنما وقع الفرق بين هبة الكل وبين إبراء الكل؛ لأن الهبة فى موضعها للتمليك، والإبراء فى موضعه للإسقاط وحال التمليك يعتبر المال واجبًا فى ذمة الكفيل حتى لا يؤدى إلى تمليك الدين من غير من عليه الدين، وإذا اعتبر الدين واجبًا فى ذمة الكفيل حال هبة الدين منه، يملك ما فى ذمته

بالهبة، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء، فأما فى حالة الإسقاط لا حاجة بنا إلى أن يعتبر الدين واجبًا فى ذمة الكفيل، فلا يملك ما فى ذمته بالإبراء، ورجوع الكفيل يتعلق بملك ما فى ذمته.

١٦٤٤٤- ولو وهب الطالب المال من المطلوب، أو أبرأه منه، فمات قبل الرد، فهو برىء، وهذا بناء على أن هبة الدين ممن عليه الدين، وإبراءه يتم من غير قبول، ويرتد بالرد، ولم يوجد الرد، وإن لم يمت وردّ الهبة، فرده صحيح، والمال على المطلوب، وعلى الكفيل على حاله، وإن رد الإبراء لا يبرأ الأصيل، وهل يبرأ الكفيل، لا ذكر لهذه المسألة فى شىء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يبرأ، وهذا القائل سوّى بين الهبة وبين الإبراء، وجه ذلك أن الكفيل لو برأ ههنا، إنما يبرأ ببراءة الأصيل، وقد انتقصت البراءة فى حق الأصيل، فينتقض فى حق الكفيل، ومنهم من قال: يبرأ الكفيل، وفرق هذا القائل بين الهبة وبين الإبراء.

والفرق أن هبة الأصيل وإبراءه هبة للكفيل، وإبراء له، ولو كان الكفيل مقصودًا بالهبة، فرد، يصح رده، فكذا يصح رد الأصيل، ولو كان الكفيل مقصودًا بالإبراء، فرد لايعمل رده، فكذلك لا يعمل رد الأصيل فى حقه، وإنما وقع الفرق فى حق الكفيل بين الهبة والإبراء؛ لأن إبراء الكفيل إسقاط محض والإسقاط المحض لا يقبل الرد، أما الهبة تمليك، والتمليك يقبل الرد، ولو كان المطلوب ميتًا، فأبرأه الطالب عن الدين، وجعله فى حل، فهو جائز؛ لأن البراءة تتم من غير قبول، فإن رد الوارث الإبراء، فعلى قول أبى يوسف: يعمل رده، وعلى قول محمد: لا يعمل.

فوجه قول محمد: إن الإبراء وقع للميت لا للوارث؛ لأن الدين على الميت، فلا يعمل رد الوارث، وإن كان الوارث مطالبًا به قياسًا على الكفيل، إذا ردّ براءة الأصيل، فإنه لا يعمل ردّه وإن كان مطالبًا به؛ لأن الإبراء وقع للأصيل، ودليله: الوكيل بقضاء الدين إذا رد إبراء الموكل، فإنه لا يعمل رده، وإن كان مطالبًا به؛ لأن الإبراء وقع للموكل.

ولأبى يوسف: أن الإبراء بعد موت المورّث يقع للوارث معنى؛ لأن الدين سقط عن الميت، وانتقل إلى الوارث فى حق أحكام الدنيا حتى يطالب به الوارث، والرد من

أحكام الدنيا، فيعمل برده، وكتب في "شرح الجامع": أن الإبراء ثلاثة أقسام: قسم لا يتوقف على القبول، ولا يحتمل الرد، وهو إبراء الكفيل، وقسم لا يتوقف على القبول، ولكن يحتمل الرد، وهو إبراء الأصيل عن سائر الديون سوى دين الصرف، وقسم يتوقف على القبول، ويرتد بالرد، وهو إبراء الأصيل عن دين الصرف.

والفرق بين دين الصرف وبين سائر الديون في حق الأصيل أن بقاء الصرف على الصحة تعلق بقبض بدل الصرف، وبالإبراء يفوت قبض بدل الصرف، فينتقض به الصرف، فصار الإبراء بحكمه فسخًا ونقضًا لعقد الصرف، وأحد العاقدين لا يتفرد بفسخ العقد، فيتوقف على القبول، كهبة البيع قبل القبض من البائع يتوقف على القبول لما كانت إقالةً ونقضًا، فأما الإبراء عن سائر الديون فليس فيها معنى الفسخ لعقد ثابت، ولكن فيها معنى التمليك؛ لأن الدين ثابت في ذمة الأصيل، وهو في حكم المال، فصار الإبراء إسقاطًا للمطالبة، وتمليكًا للدين، فاعتبر الإبراء عن سائر الديون إسقاطًا من وجه وتمليكًا من وجه، فلم يتوقف على القبول من حيث إنه إسقاط، وارتد بالرد من حيث إنه تمليك.

وقال بعض مشايخنا: رب السلم إذا أبرأ المسلم إليه عن السلم، يشترط قبول المسلم إليه؛ لأنه لو صح، لا ينتقض السلم لفوات القبض المستحق شرعًا، كما في الصرف، فيتوقف على القبول.

١٦٤٤٥- قال محمد في "الأصل": وإذا قال الطالب للكفيل: برئت إلي من المال الذي كفلت به عن فلان، كان هذا إقرارًا من الطالب بقبض المال من الكفيل حتى يرجع الكفيل بالمال على الذي عليه الأصل، ولا يرجع الطالب على الذي عليه الأصل بشيء؛ لأنه أضاف البراءة إلى نفسه وإلى الكفيل، والبراءة التي تقع بفعل الكفيل البراءة بالقبض؛ لأن الكفيل يوفي المال، والطالب يستوفي، فصار قوله: برئت إليّ، وقوله: قبضت سواء، وهذا بخلاف ما لو قال للكفيل: أبرأتك، فإنه لا يكون هذا منه إقرارًا بالقبض من الكفيل حتى كان للطالب أن يطالب الأصيل بالمال؛ لأن الطالب في هذه الصورة أضاف البراءة إلى نفسه على الخصوص، والبراءة التي يختص بها الطالب البراءة بالإبراء، لا البراءة بالإيفاء؛ لأن غاية ما تصور أن يظفر الطالب بجنس حقه من مال

الكفيل، فيأخذ مع هذا لا يكون منفردًا بالبراءة، بل تكون البراءة فيه وبمال الكفيل.

١٦٤٤٦- وإذا قال للكفيل[1] : برئت، ولم يقل : إلى، قال أبو يوسف : يكون إقرارًا بالقبض بمنزلة قوله : برئت إليّ. وقال محمد : لا يكون إقرارًا بالقبض بمنزلة أبرأتك، وجه قول محمد : إن قوله : برئت يحتمل وجهين احتمالا على السواء، يحتمل برئت لأنك أديت المال، ويحتمل برئت لأنى أبرأتك، فحملناه على البراءة بالإبراء؛ لأنه أقل، فإن براءة الكفيل بالإبراء لا يثبت له الرجوع على المطلوب، بخلاف البراءة بالإبراء، ولأبى يوسف أن قوله : برئت يقتضى وجود الفصل من المخاطب على الخصوص كقوله : أحلت، قصدت، عنيت، والبراءة التى تكون من الكفيل على الخصوص البراءة بالإيفاء، فإنه يضع المال بين يدى الطالب، ويخلى بينه وبين المال، فتقع له البراءة، وإن لم يوجد من الطالب صُنع، وأما البراءة بالإبراء لا يكون بفعل الكفيل أصلا فضلا أن يكون بفعله على الخصوص.

١٦٤٤٧- وقال أبو حنيفة : لو كتب الطالب صكًا للكفيل، وكتب فيه : برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها، فإنه يكون إقرارًا بقبض المال، قالوا : وهذا على قولهم جميعًا، وهذا الجواب لايشكل على قول أبى يوسف، فإنه يجعل قول الطالب للكفيل : برئت إقرارًا، فكذا كتاب الصك على هذا الوجه، أما يشكل على قولهما؛ لأنهما لا يجعلان قول الطالب للكفيل : برئت إقرارًا بالقبض، وجعلا كتابة الصك برئ الكفيل إقرارًا بالقبض.

والفرق لهما بين الكتابة وبين القول العرف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن الصك إنما يكتب على الطالب إذا كانت البراءة بالإيفاء، أما إذا كانت البراءة بالإبراء فلا يكتب عليه الصك، ومثل هذا العرف لم يوجد فى حالة الإقرار، فبهذا وقع الفرق.

١٦٤٤٨- وإذا كفل الرجل عن رجل بمال، وشرط فى الكفالة أنه إن وافى بنفس المكفول به غدًا أنه برئ من المال الذى كفل به، فهذا جائز، فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال؛ لأن إبراء الكفيل إسقاط محض، وتعليق الإسقاط المحض بالشروط صحيح، ولأن تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بتسليم المكفول عنه متعامل، وكذلك لو

(١) هكذا فى ظ وف، وفى الأصل وم : "الكفيل".

شرط أن المكفول لو وافاك بنفسه، أو رجل آخر، فأنا برىء من المال، فذلك جائز أيضًا، هكذا ذكر المسألة فى "الأصل".

١٦٤٤٩- وفى "المنتقى" ابن سماعة عن محمد: إذا وكل رجلا أن يشترى له عبدًا بألف درهم، ولم يدفع إليه شيئًا، فاشتراه، ثم جاء رجل، وقال للبائع: قد ضمنت لك عن المشترى الألف التى لك عليه، فإذا دفعها الموكل إلى المشترى، فأنا برىء منها، فالضمان جائز، والبراءة باطلة من قبل أنه ليس بين البائع وبين الموكل عمل فى هذه الألف، وذكر عيسى فى "نوادره" هذه المسألة عن محمد، وذكر فى الجواب: فأنا منه برىء، إلا أنه كان فى رواية عيسى، وكان الموكل رجلا للمشترى عليه ألف درهم غير هذه، فإنما وقع الاختلاف فى الجواب لهذا، ألا ترى أن من قال لغيره: قد ضمنت لك عن فلان ألف درهم، فإذا قدم فلان لرجل آخر ليس من هذا الألف فى شىء، فأنا منها برىء، كان الضمان جائزًا، والبراءة باطلة، ولو قال: فإذا قدم فلان الغريم، فأنا برىء منها، جازت البراءة إذا قدم فلان، وكذلك إذا كان للقادم من هذه الألف نصيب.

١٦٤٥٠- وروى هشام عن أبى يوسف: إذا زوّج الرجل ابنه امرأة وضمن لها المهر على أنه إن مات ابنه، أو امرأة ابنه التى ضمن لها قبل أن يأتى[1] بها الابن، فهو برىء عن الضمان، فالضمان لازم، والشرط باطل.

١٦٤٥١- وذكر إبراهيم عن محمد: إذا قال لغريمه: إذا جاء غد، فأنت برىء من المال، لا يبرأ، ولو كان أصل المال عليه من كفالة، يبرأ، وكذا إذا قال: إذا قدم فلان، فأنت برىء منها، وقال أيضًا: إذا كان شرط الكفالة على هذا، فهو جائز، ولو قال ذلك بعد وجوب الكفالة لايجوز؛ لأن هذه براءة إلى أجل، ورواية إبراهيم تخالف الرواية المتقدمة.

١٦٤٥٢- وفى "المجرد" عن أبى حنيفة: إذا قال الرجل لغيره: أنا كفيل لك بنفس هذا اليوم، فإذا مضى اليوم، فأنا برىء، قال: إذا مضى اليوم، فقد برئ، ولو قال: أنا كفيل بنفسه، فإن وافيت به عند القاضى، فأنا برىء، فوافى به عند القاضى، فهو برىء. ولو كفل بنفس رجل على أنه متى رأى الطالب المكفول بنفسه، أو متى ما

---

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى م، وف: "يبنى".

لقيه، فأنا برىء منه، فهو جائز.

١٦٤٥٣- وفى "مجموع النوازل": رجل له على رجل ألف درهم، وكفل بها كفيل، فقال المطلوب للطالب: إن فلانًا قد كفل لك عنى بهذه الألف، فابرأنى عنها لاخرج من البين، وتبقى لك الخصومة مع الكفيل، فابرأه منها، يبرأ الكفيل أيضًا؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وهذا ضرب من الحيل، فيجب على الرجل أن يعلم بذلك حتى لا يبطل حقه، وذكر فى "المنتقى" عن أبى يوسف هذه المسألة بعبارة أخرى، فقال: إذا قال المطلوب للطالب: أبرئنى، فقد أعطيتك كفيلا، فقال: أنت برىء، وأجاب أن الذى عليه الأصل يبرأ، وكان للطالب أن يأخذ الكفيل بالمال؛ لأنه إنما أبرأ الذى عليه الأصل على أن يأخذ الكفيل، فلا يوجب ذلك براءة الكفيل، ويرجع الكفيل على الذى عليه الأصل بما أدى إن كان كفل بأمره.

١٦٤٥٤- وفى "نوادر هشام" قال هشام: سألت محمدًا عن رجل له على غيره مال، فقال رجل لصاحب المال: أصالحك على أن تحط عن فلان نصف المال، وأضمن لك نصف المال، فراضوه[1] على ذلك، وكان الكلام عليه، ثم اجتمعوا وضمن هذا الضامن نصف المال، فأبرأ رب المال المطلوب من المال كله، ولم يكن عند عقدة الضمان بينهما أنى إنما أضمن لك النصف؛ لتبرأه منه، قال: إذا كانت المراوضة بينهما قبل ذلك على هذا، فنصف المال لازم للكفيل، ولايبرأ ببراءة صاحب الأصل، فما ذكر عنهما فى "المنتقى" يخالف ما ذكر فى "مجموع النوازل".

١٦٤٥٥- وفى "نوادر هشام" عن محمد أيضًا: إذا قال الرجل لقوم: اشهدوا أنى قد ضمنت لهذا بألف درهم التى هى له على فلان، ثم إن الأصيل أقام بينة أنه قد كان قضاها الألف قبل أن يضمنها هذا، قال: يبرأ الأصيل منه، ولا يبرأ الكفيل؛ لأن قول الكفيل الألف التى هى له عليه، إقرار بالمال، ولكن إن أقام البينة أنه قضاها بعد الكفالة يبرأ الكفيل.

١٦٤٥٦- قال محمد فى "الأصل": الكفيل بالنفس إذا قضى الدين الذى على المكفول بنفسه على أن يبرأه عن الكفالة بالنفس، ففعل جاز القضاء، وجازت البراءة،

(١) أى فتجاذبوا فى البيع والشراء، وهو ما يجرى بين المتبايعين من الزيادة والنقصان.

أما جواز القضاء فلأنه متبرع في القضاء، والقضاء من المتبرع جائز إذا قبل صاحب الحق، أما جواز البراءة لأنه لم يأخذ بأداء هذه البراءة عوضًا لأنه حقه؛ لأنه استوفى دينه، وحق الإنسان لا يصلح عوضًا عن حقه بحال، وإذا لم يكن لهذه المعاوضة جواز بحال، كان هذا إبراء بغير عوض فيجوز.

فأما إذا قال الكفيل: أعطيك عدة[1] دراهم على أن تبرأني عن الكفالة بالنفس، فأبرأه الطالب على ذلك، فإن العوض لا يسلم للطالب على الروايات كلها؛ لأن المستحق للطالب على الكفيل بالكفالة مجرد منفعة؛ لأن المستحق عليه تسليم النفس، وإنما يمكنه التسليم بمنافعه، فكان المستحق للطالب قِبل الكفيل مجرد منفعة، بعد هذا نقول: إما أن يجعل هذا العوض بإزاء تمليك هذه المنفعة من الكفيل، أو بإزاء إسقاط هذه المنفعة التي استحقها قبل الكفيل، لا وجه إلى الأول؛ لأن الكفيل مالك منفعة نفسه وأخذ العوض بإزاء تمليك المنفعة من مالكها لا يجوز، ولا حاجة إلى الثاني؛ لأنه لا قيمة للمنفعة وقت الإسقاط، فإن الإسقاط إتلاف ولا قيمة للمنفعة حالة الإتلاف عندنا.

وإذا لم يسلم له العوض، هل تقع البراءة للكفيل عن الكفالة؟ ذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يقع، وذكر في رواية أبي سليمان: أنه يقع، فأما إذا قال الكفيل: أقضيك الألف التي لك عليه على أن أرجع بها على المطلوب إن كان لا يشترط براءة عن الكفالة مع الرجوع، لا يصح القضاء، ويبقى كفيلا بالنفس، وإنما لا يصح القضاء؛ لأنه لما شرط الرجوع بما أدى على المكفول، فقد قصد شراء ذلك الدين، وشراء الدين من غير من عليه الدين فاسد، ويرجع الكفيل على الطالب بما أداه؛ لأنه أداه بحكم معاوضة فاسدة، وإن شرط البراءة مع القضاء، فالقضاء فاسد، والكفيل بريء باتفاق الروايات؛ لأن البراءة حصلت بغير عوض؛ لأن أخذه للطالب حق الطالب، وحق الإنسان لا يصلح عوضًا عن حقه، والبراءة بغير عوض عن الكفالة جائزة على الروايات كلها - والله أعلم - .

---

(١) هكذا في الأصل وظ، وكان في ف وم: "عشرة".

الفصل الحادى عشر

فى الرجل يأمر الرجل ببيع شىء من ماله على أنه ضامن لما باع

١٦٤٥٧- إذا قال الرجل لغيره بائع فلانًا، فما بايعته من شىء، فهو علىّ، فهذا جائز استحسانًا لمكان تعامل الناس، وإذا باعه شيئًا بأى جنس باعه، وبأى قدر باعه لزم الكفيل ذلك عملا بإطلاق اللفظ، فإن جحد الكفيل، وقال: لم تبعه شيئًا، وقال الطالب: بعته متاعًا بألف درهم، وقبضه منى، وصدقه المكفول عنه، هل يلزم الكفيل هذا المال؟ فهذا على وجهين: الأول: أن يكون المتاع الذى ادعى أنه باعه قائمًا فى يده، أو فى يد المشترى، وفى هذا الوجه القياس أن لا يلزم الكفيل شىء، هكذا روى أسد بن عمرو عن أبى حنيفة، وفى الاستحسان: يلزمه، ويثبت البيع فى حقه.

والوجه الثانى: أن يكون المتاع هالكًا، وفى هذا الوجه لا يلزم الكفيل بشىء ما لم يقم الطالب البينة على البيع قياسًا واستحسانًا. والفرق بين الوجهين على جواب الاستحسان أن العين إذا كان قائمًا إن تعذر إثبات البيع فيما مضى فى حق الكفيل بإقرارهما لما أن الإقرار ببيع ماض يحتمل الصدق والكذب أمكن إثباته بالإنشاء للحال؛ لأنهما حكيا أمرًا يملكان استئنافه للحال، فيعتبر ما حكيا إنشاء فى حق العين كما فى الوكيل بالشراء إذا قال: اشتريت والمشترى قائم، وأنكر الموكل ذلك، وكزوج المعتدة إذا قال: راجعتها والعدة قائمة، فأما إذا كان العين هالكًا كما تعذر إثبات البيع بإقرارهما تعذر إثبات البيع بطريق الإنشاء لانعدام محل الإنشاء.

١٦٤٥٨- ولو قال للكفيل: بعته بخمسمائة، وقال الطالب: بعته بألف، وأقر المكفول عنه بذلك، فإنه يؤاخذ الكفيل بألف درهم، وهذا على جواب الاستحسان؛ لأن جواب الاستحسان جعل ما أقرا به إنشاء فى حق الكفيل، ولو أنشأ البيع فى الحال بألف درهم، يلزم الكفيل ذلك، فأما على جواب القياس هذا إقرار، وليس بإنشاء، وإقرارهما ليس بحجة فى حق الكفيل، فإنما يلزم الكفيل ما أقر به، وهو خمسمائة.

١٦٤٥٩- ولو قال: إذا بعته شيئًا، فهو على، فباعه متاعًا بألف درهم، ثم باعه

بعد ذلك خادما بمائة دينار، لزم الكفيل المال الأول، ولا يلزم المال الثانى؛ لأن كلمة "إذا" لا تنبئ عن التكرار والعموم، ولو قال: ما بعته اليوم، فهو عليّ، فباعه البيعين اليوم، لزم الكفيل المالان جميعًا؛ لأن فى كلمة ما تعميمًا.

وكذلك إذا قال: كلما بايعته؛ لأن كلمة "كلما" تنبئ عن التكرار، ولو قال: إن بعته متاعًا إذا بعته متاعًا، متى بعته متاعًا، فأنا ضامن لثمنه، فباعه متاعًا نصفين، كل نصف بخمسمائة، إحداهما قبل الأخرى لزم الكفيل الأول دون الثانى؛ لأن هذه الألفاظ تنبئ عن التكرار، وقوله: متاعًا نكرة فى الإثبات، وإنها تخص، ولا تعم.

فإن قيل: علق الكفالة ببيع المتاع، وإنما صار بائعًا للمتاع فى الكرة الثانية. قلنا: لا، بل صار بائعًا المتاع فى الكرة الأولى، وإن باع نصفه؛ لأن المتاع فى اللغة ليس باسم لشىء مقدر؛ لأن المتاع اسم لما ينتفع به، وينتفع بالبعض كما ينتفع بالكل، ولو قال: ما بايعته من زطى فهو على، فباعه قبأ يهوديًا أو كر حنطة، لا يلزم الكفيل شىء، وكذلك لو أقرضه لا يلزمه شىء.

١٦٤٦٠- ولو قال له: داينه اليوم، فما داينته اليوم من شىء فهو عليّ، فأقرضه فى اليوم، أو باعه متاعًا فى اليوم يلزم؛ لأن اسم المداينة، كما يقع على القرض يقع على البيع؛ لأن المداينة لغة اسم لعقد يوجب دينًا، ولو قال: ما أقرضه اليوم، فهو على، فباعه متاعًا، لا يلزم الكفيل ثمنه؛ لأن اسم القرض لا ينطلق على البيع.

قالوا: والفرق بين المداينة والقرض إنما يقع بلغة العرب، أما بلغتنا لا يقع الفرق بين المداينة والقرض، ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل أن يبيع منه شيئًا، ونهى البائع عن مبايعته، ثم باعه الطالب بعد ذلك، لا يلزمه شىء، ويكون رجوعه عاملا، وإنما عمل رجوعه؛ لأن الكفالة فى هذه الصورة مبنية على ما هو غير لازم، فإنها مبنية على الآمر، فإنه قال: داينه اليوم، فما داينته اليوم من شىء فهو على، فإنما بنى الكفالة على الأمر، والأمر غير لازم فيما يبنى عليه غير لازم، بخلاف ما إذا قال: ما ذاب لك على فلان، فهو ما داينت فلانًا فهو على، ثم رجع عن ذلك، فإنه لا يعمل رجوعه؛ لأن هناك الكفالة غير مبنية على ما ليس بلازم حتى يصير غير لازمة تبعًا له، بل كفالة مبتدأة جرت بين مالكين.

١٦٤٦١- ولو قال: ما بايعته اليوم من شيء، فهو علي، ثم جحد الكفيل والمكفول عنه المبايعة، فأقام الطالب بينة على أحدهما بغيبة الآخر أنه قد باعه بعد ذلك اليوم كذا بكذا، وقبضه، فالمال لازم للكفيل والمكفول عنه، حتى إذا حضر الغائب، لا يكلف إعادة البينة عليه، إذا كانت الخصومة عند القاضي الذي سمع البينة الأولى؛ لأنه علم أن الغائب صار مقضيًا عليه بهذه البينة، فأما إذا وقعت الخصومة عند قاضٍ آخر، لابد من إقامة البينة ثانيًا، أو إقامة البينة أن القاضي الأول قضى هكذا، حتى يقع العلم للقاضي الثاني بذلك.

١٦٤٦٢- ولو قال: من بايع فلانًا اليوم ببيع، فهو علي، فباعه غير واحد، لا يلزم الكفيل شيء، أما عند أبي حنيفة ومحمد فلعلتين: إحداهما: أن الكفالة لا تتم بالكفيل وحده، الثانية: أن المكفول له مجهول، وأما عند أبي يوسف، فللعلة الثانية، ولو قال لقوم خاص: ما بايعتموه اليوم أنتم وغيركم، فهو عليّ، وقبلوا ذلك منه، كان عليه ما يبيع به أولئك القوم، وليس عليه ما يبيع به غيرهم؛ لأن في حقهم المكفول له معلوم، وفي حق غيرهم المكفول له مجهول.

١٦٤٦٣- ولو أذن لعبده في التجارة، ثم قال لرجل: ما بايعت به عبدي من شيء فهو عليّ، أو قال: كلما بايعته أو قال: الذي بايعته، فهذا عليّ كل بيع بايعه به، بخلاف ما إذا قال: إن بايعته متى بايعته إذا بايعته.

وإذا قال: ما بايعت به فلانًا من شيء فهو علي، فأسلم إليه دراهم في طعام، أو باعه شعيرًا بزيت، فذلك كله على الكفيل؛ لأن السلم نوع بيع، وإذا قال: بعه ما بينك وبين ألف درهم، فما بايعته من شيء فهو علي، فباعه متاعًا بخمسمائة، ثم باعه طعامًا بخمسمائة، لزم الكفيل المالان جميعًا، فإن باعه متاعًا آخر بعد ذلك، لم يلزم الكفيل؛ لأنه قيد الكفالة بمقدار الألف، فلا يلزمه الزيادة على ذلك.

١٦٤٦٤- وفي "المنتقى" رواية مجهولة: رجل باع من رجل عبدًا، وكفل له رجل بالثمن بأمره، فوهب البائع الثمن للكفيل، وقبضه الكفيل من المشتري، ثم وجد المشتري بالعبد عيبًا، ورده على بائعه، يرجع على البائع بالثمن، ولا سبيل لواحد منهما على الكفيل، فقد جوّز هذه الهبة، ولم يشترط التسليط على القبض، وهذا إشارة إلى

ما قلنا : إن الدين يعتبر واجبًا فى ذمة الكفيل حالة التمليك من الكفيل ، فيكون هذا هبة الدين ممن عليه ، وفى هبة الدين ممن يجب عليه ، لا يشترط التسليط على القبض .

وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف : رجل له على رجل مال ، كفل رجل به بغير أمر المكفول عنه ، ثم إن الطالب وهب المال من الكفيل ، فللطالب أن يرجع على الذى عليه الأصل بالمال ؛ لأن هبة المال من الكفيل كالهبة من الأجنبى ، فلا يصح إلا أن يسلط على القبض .

وروى بشر عن أبى يوسف : فى رجل قال لغيره : بع خادمك هذا فلانًا بألف درهم على أنى ضامن لهذا الألف ، فباعه بألفين لم يضمن الكفيل إلا ألفًا ، ولو باعه إياه بخمسمائة ، ضمن خمسمائة ، ولو باع نصفها بخمسمائة ضمن خمسمائة .

الفصل الثانى عشر
فى الكفالة تبطل عن الكفيل بغير براءة من الطالب

١٦٤٦٥- وإذا كفل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه، فاستحق المبيع من يده، فإن الكفيل يبرأ عن المال، وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء، أو ردّه بخيار رؤية أو بخيار شرط، فقد سوى فى هذه المسألة بين الاستحقاق وبين الرد بالعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط؛ لأن الأصيل وهو المشترى برئ عن الثمن متى انفسخ البيع بهذه الأسباب، وبراءة الأصيل بأى سبب حصلت توجب براءة الكفيل، ولو كفل المشترى بالثمن لغريم البائع، ثم استحق المبيع، برئ الكفيل، ولو رد المشترى العبد بعيب بقضاء أو بغير قضاء، لا يبرأ؛ لأن الكفيل كفل للبائع عن المشترى بالثمن، وبالرد بهذه الأسباب برئ المشترى عن الثمن، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

وفى المسألة الثانية: المشترى كفل عن البائع لغريمه بالثمن، وبسقوط الثمن عن المشترى بانفساخ البيع بهذه الأسباب لم يبرأ البائع عن دين الطالب حتى يبرأ كفيله، وتبطل الكفالة، ولو بطلت الكفالة إنما تبطل لفوات ما تعلق به الكفالة، وإنما تفوت ما يتعلق به الكفالة إذا استحق المبيع، أو وجد حرّا، وظهر أن الثمن لم يكن واجبًا وقت الكفالة؛ لأن الكفالة المضافة إلى الدين فى هذه الحالة تعتبر متعلقة بعين المضاف إليه، لا بمثل المضاف إليه، فكانت تبرعًا، والعين قد فات، وهذا لأن الكفالة تنعقد تبرعًا، ويتم معاوضة متى حصلت بأمر المكفول عنه، فكانت تبرعًا من وجه معاوضة من وجه، ولو كانت تبرعًا من كل وجه تعلقت بعين الدراهم المضاف إليها أصلا، فإذا كانت بينهما وفرنا على الشبهين حظهما، فجعلنا الكفالة متعلقة بالعين إذا ظهر أن الثمن لم يكن واجبًا بأن استحق العبد، أو وجد حرّا عملا يشبه التبرع، وجعلنا الكفالة متعلقة بالمثل حتى سقط الثمن بعد الوجوب عملا بشبه المعاوضة.

إذا ثبت هذا، فنقول: إذا استحق العبد أو وجد حرّا، فقد ظهر أن الحوالة كانت متعلقة بالثمن، وقد ظهر أن الثمن لم يكن واجبًا، وأن الكفالة لا تصح، فإذا رد العبد

بالعيب، أو بخيار الرؤية أو بخيار الشرط، فقد ظهر أن الحوالة كانت متعلقة بالمثل، والمثل لم يفت، إنما فات الثمن المضاف إليه، فبقيت الكفالة. قياس هذه المسألة من المسألة الأولى أن لو سقط دين الطالب من البائع بسبب من الأسباب إما بفسخ المداينة التى جرت بين البائع والطالب، أو بإبراء الطالب البائع عن دينه أو بقضاء البائع، ولو برئ البائع عن دين الطالب بهذه الأسباب، برئ كفيله، وبطلت الكفالة.

١٦٤٦٦- ولو أن رجلا تزوج امرأة، وكفل بالمهر رجل عن الزوج، ثم سقط كل المهر عن الزوج بالفرقة الثابتة من جهتها قبل الدخول، أو سقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول بها، برئ الكفيل عن كل المهر فى الفصل الأول، وعن نصف المهر فى الفصل الثانى حكمًا لبراءة الزوج.

١٦٤٦٧- ولو أن امرأة زوجت نفسها من رجل على ألف درهم، وأمرت زوجها حتى ضمنها لغريم لها، أو أحالته بها عليه، أو كفل بها عنه، ثم وقعت الفرقة بينهما من قبل المرأة قبل الدخول بها حتى سقط كل المهر، فإن الزوج لا يبرأ عن الكفالة؛ لأن سقوط المهر بالفرقة، وقد كان واجبًا وقت الكفالة، كسقوط الثمن عن المشترى بفسخ البيع، وهناك لا تبطل الكفالة، كذا ههنا، وإذا بقيت الكفالة حتى أدى الزوج، رجع بما أدى على المرأة؛ لأنه أدّى عنها بأمرها، وكذلك لو طلقها قبل الدخول ضمن مثل ذلك إلا أنه يرجع عليها بقدر النصف؛ لأن بقدر النصف وقعت المقاصة، فلا يرجع بذلك، وبقدر النصف لم يقع المقاصة، فيرجع بذلك.

١٦٤٦٨- ولو أن رجلا كاتب عبده على ألف درهم، وضمن المكاتب الألف لغريم المولى، أو كفل بها، فذلك جائز، ولا يكون كفالة حتى يقال لا يصح من المكاتب لما ذكرنا قبل هذا أن الكفيل يلتزم ما لم يكن واجبًا عليه قبل الكفالة، وهذا يلزمه من غير الكفالة بأن يأمره المولى أن يؤدى عنه، فإن عتق المكاتب حتى برئ من بدل الكتابة، فإن المكاتب، لا يبرأ عن مطالبة المكفول له، ولا يبطل الكفالة؛ لأن سقوط بدل الكفالة بالعتق، وقد كان واجبًا وقت الكفالة بمنزلة سقوط الثمن عن المشترى بفسخ البيع بالرد بالعيب، وإذا أدى المكاتب ذلك يرجع بما أدى على المولى؛ لأن الكفالة وقت وقوعها انعقدت موجبة للرجوع؛ لأن المكاتب يجوز أن يستوجب على مولاه دينًا بخلاف العبد

إذا كفل عن مولاه، وأدى بعد ما عتق حيث لايرجع على المولى؛ لأن هناك الكفالة وقت وقوعها لم تنعقد موجبة للرجوع، وإذا أراد الكفيل بالنفس أو المال أن يخرج نفسه عن عهدة الكفالة، فليس له ذلك، وإن كان الإخراج بحضرة المكفول له، والمكفول عنه، وهذا بخلاف الوكيل إذا أخرج نفسه عن الوكالة بحضرة الخصم -والله أعلم-.

الفصل الثالث عشر
فى دعوى الكفيل بطلان الكفالة

١٦٤٦٩- قال محمد: وإذا كفل الرجل عن رجل بألف درهم بأمره، ثم غاب الأصيل، فادعى الكفيل على الطالب أن الألف الدرهم على المطلوب من ثمن خمر، فلا سبيل لك عليّ، وقال الطالب: لا، بل كان من ثمن عبد، فالقول قول الطالب؛ لأن الظاهر شاهدًا له، فإن الظاهر فى عقود المسلمين الجواز إلا أن مثل هذا الاختلاف لو وقع بين الطالب والمطلوب كان القول قول الطالب، وطريقه ما قلنا، فهنا كذلك، فإذا أراد الكفيل أن يقيم البينة على الطالب بذلك، فإنه لا تقبل بينة الكفيل؛ لأنه متناقض؛ لأن الإقدام على الكفالة إقرار من الكفيل أن المال على المطلوب، والمسلم لا يكون مطالبًا بثمن خمر، فيكون متناقضًا فى قوله: المال من ثمن خمر، والدعوى مع التناقض لا يصح وسماع البينة يعتمد صحة الدعوى، ولو أقام الكفيل البينة على إقرار الطالب لا تسمع بينته، وكذلك لو أراد استحلاف الطالب لايكون له ذلك؛ لأن سماع البينة مترتب على دعوى صحيحة، والدعوى من الكفيل لم تصح لمكان التناقض.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: أن الكفيل لو أقام البينة على إقرار الطالب بذلك، قبلت بينته، وأبطل المال عنه، قال ثمة: وإقامة البينة على إقراره بمنزلة إقراره عند القاضى. ولو أقر به عند القاضى بطل المال عن الكفيل، كذا ههنا، قال فى "الأصل": والحوالة فى هذا نظير الكفالة، قال: فإن أدى الكفيل المال إلى الطالب، وغاب الطالب، وحضر المكفول عنه، فقال: المال من ثمن خمر، وجاء بالبينة، لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة ويؤمر المكفول عنه بدعه المال إلى الكفيل، ويقال له: أطلب صاحبك وخاصم معه، وهذا لأن المكفول متناقض فى هذه الدعوى؛ لأنه أمره بالكفالة وبالتزام المطالبة عنه، وإنه إقرار بتوجه المطالبة عليه، ولا تتوجه المطالبة عليه بثمن الخمر، فيصير متناقضًا فى قوله: كان من ثمن خمر، ولا يسمع من المتناقض.

١٦٤٧٠- ولو أقر الطالب عند القاضى أن المال على المكفول عنه كان من ثمن

خمر أو أقر أنه لم يكن على المكفول عنه شيء، برئ الكفيل والأصيل جميعًا؛ لأنه أقر ببراءة الأصيل لما قال: المال، كان من ثمن خمر وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فبرئ الأصيل والكفيل جميعًا . فلو أن المكفول عنه حضر، وأقر أن المال عليه من قرض، أو ثمن بيع، وكان ذلك بعد إقرار الطالب أنه ثمن خمر، وصدقه الطالب فى ذلك، فالمال لازم للمطلوب غير لازم للكفيل؛ لأن الكفيل قد برئ بإقرار الطالب، وبتصادقهما بعد ذلك بخلاف ذلك لا يعمل فى حق الكفيل .

فإن قيل : أليس أن الطالب كذب المكفول عنه فى هذا الإقرار بإقراره أن المال ثمن خمر . قلنا: هذا تكذيب سبق الإقرار والتكذيب متى سبق الإقرار لا يمنع صحة الإقرار بعد ذلك ألا ترى أن من قال: لا حق لى قبل فلان، ثم إن فلانًا أقر له بحق، وصدقه فى إقراره، كان الإقرار صحيحًا، وإن كذبه فى إقراره هذا؛ لأن تكذيبه سبق هذا الإقرار .

١٦٤٧١- وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل يقول لقوم: اشهدوا أنى قد ضمنت لهذا ألف درهم التى له على فلان، وإن فلانًا الذى كان عليه الألف أقام بينة أنه قد قضى هذا الذى له الألف ألفه قبل أن يضمنها هذا الضامن قال يبرأ الذى عليه الأصل، ولا يبرأ الكفيل .

١٦٤٧٢- وعن الحسن بن زياد فى "كتاب الاختلاف" : رجل قال لامرأة: إن زوجك طلقك تطليقة بائنة، وصدقته المرأة، وضمن لها المهر، قال أبو يوسف: المال لازم للضامن ما لم يحضر الزوج، وينكر الطلاق، فإذا حضر وأنكر بطل الضمان، وهكذا فى البيع -والله أعلم- .

الفصل الرابع عشر
فى أخذ الكفيل

١٦٤٧٣- وإذا طلب المدعى من القاضى أن يأخذ له كفيلا بنفس المدعى عليه، فهذه المسألة على وجهين أيضًا: إما إن وقع الدعوى فى الحدود الخالصة لله تعالى، نحو حد الزنا، وحد شرب الخمر، وصورة ذلك: قوم أخذوا رجلا مع امرأة، وجاؤوا بهما إلى القاضى، وقالوا: إنا وجدنا هذه المرأة مع هذا الرجل وعليهما شهود الزنا، فخذ منهما كفيلا بالنفس حتى يحضرك الشهود، فالقاضى لا يأخذ منهما كفيلا.

وكذلك لو جاء رجل برجل إلى القاضى، وقال: هذا قد شرب الخمر وعليه شهود الشرب، فخذ كفيلا بنفسه حتى يحضرك الشهود، فالقاضى لا يأخذ كفيلا بنفسه؛ لأنه لو أخذ أخذ لأجل الحد، وقد قال عليه السلام: «لا كفالة فى الحدود»[1]؛ لأن أخذ الكفيل إنما يجب بطلب من له الحق، لا بطلب الأجنبى، ولا يوجد الطلب ممن له الحق ههنا، وهو الشرع، فإن النبى عليه السلام قال: «لا كفالة فى الحدود»، وإن قامت على الزناء أربعة من الشهود، أو قام على الشرب شاهدان، فالقاضى لا يأخذ منهم كفيلا لما ذكرنا، ولمعنى آخر أن بعد الشهادة وجب الحبس بهذه الأسباب، فلا حاجة إلى أخذ الكفيل، وإن قام شاهد واحد عدل، ففى شرب الخمر يحبس؛ لأن بشهادة العدل الواحد ثبت تهمة الشرب، فإنه فسق، والحبس لأجل التهمة مشروع، وفى الزنا لا يحبس المشهود عليه؛ لأن الشاهد إذا كان واحدًا يصير قاذفًا، فلا يحبس المشهود عليه، ولكن الشاهد يقام عليه حد القذف، إلا أن يأتى بأربعة شهود يشهدون بصدق

---

(١) وجدته من قول ابن القاسم وهو رأيه فى "المدنة الكبرى" ١٣/ ٢٧٥، أخرجه البيهقى فى "سننه" ٦/ ٧٧ حديث (١١١١٩)، والديلمى فى "المسند الفردوس" ٥/ ٢٠٠)، والمناوى فى "فيض القدير" ٦/ ٤٣٧، وابن عدى فى "الكامل" ٥/ ٢٢، والخطيب فى "تاريخه" ٣/ ٣٩١ (١٥٠٦)، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" ٤/ ٥٩، وكل هؤلاء ذكروا بلفظ: "لا كفالة فى حد" بغير الألف واللام، ولم يقل أحد منهم: لا كفالة فى الحدود إلا مالك، وعنه ابن القاسم وهو بهذا اللفظ من قولهما، لا من قول الرسول.

مقالته، فإن قال الشاهد: عندى أربعة شهداء يشهدون على ذلك، فإن الشاهد فى ذلك يؤجل إلى قيام القاضى؛ لأنه ادعى مخلصًا ومخرجًا عما لزمه من حد القذف، فيؤجله القاضى إلى وقت قيامه عن المجلس، وإن كان ذلك تأخير حق المشهود عليه، فإن هذا القدر من التأخير يثبت من غير تأجيل القاضى، فإن الخصوم إذا ازدحموا، فإنما يقدمون على القاضى بالنوبة بالوقاع، وربما يخرج قرعته فى آخر المجلس، ولكن للمقذوف أن يلازمه؛ لأنا لما نظرنا للشاهد حيث أخرنا إقامة الحد إلى آخر المجلس لما ادعى المخلص والمخرج يجب أن ينظر للمقذوف، فيثبت له حق الملازمة، ولا يبطل حقه فى الحد، وإن وقع الدعوى فى السرقة، بأن ادعى رجل على رجل مالا، أو متاعًا سرقه منه، وقال: بينتى حاضرة، وطلب أخذ الكفيل، أخذ له الكفيل لأجل المال، فإن فيه دعوى المال، وفى دعوى المال متى طلب المدعى أخذ الكفيل، وقال لى: بينته حاضرة، فإنه يؤخذ الكفيل استحسانًا لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وإن قال المدعى: قد قبضت منه السرقة، ولكن أريد أن أقيم عليه البينة للحد، وطلب أخذ الكفيل بنفسه، فالقاضى لا يأخذ منه كفيلا؛ لأنه لو أخذ أخذ لأجل الحد ولا وجه إليه؛ لما مر.

١٦٤٧٤- وفى دعوى السرقة: إذا أقام المدعى شاهدين مستورين أو شاهدًا واحدًا عدلا، والسرقة قائمة بعينها فى يد السارق، لا يؤخذ منه كفيل لأجل المال؛ لأنه وجب حبسه بتهمة السرقة، ومتى حبس وقع الاستغناء عن الكفيل، بخلاف ما إذا لم يقم شاهدين مستورين، ولا شاهدًا واحدًا عدلا، فإن هناك يكفل لأجل المال؛ لأن بمجرد الدعوى لا يجب الحبس، فيحتاج إلى التكفيل لأجل المال.

ثم إذا حبس بوضع المسروق على يدى عدل، فإن عدلت الشهود فى الفصل الأول، وأقام شاهدًا آخر عدلا فى الفصل الثانى، يقطع يده، ويقضى للمدعى بالمسروق إن كان قائمًا، وإن استهلكها قطع يده ولا ضمان عليه. وأما إن وقع الدعوى فى الحدود التى فيها حق العباد، وذلك على وجوه: إما إن وقع الدعوى فى القصاص فى النفس، أو فيما دون النفس، أو وقع الدعوى فى حد القذف، أو وقع الدعوى فى التعزير، فإن وقع الدعوى فى القصاص فى النفس، أو فيما دون النفس، وقال: لى بينة

حاضرة، وطلب من القاضى أن يأخذ له كفيلا بنفس المدعى عليه، فالقاضى لا يأخذ منه كفيلا، ومعناه أنه لا يجبر على إعطاء الكفيل، ولكن لو أعطى كفيلا بنفسه باختياره جاز، وهذا قول أبى حنيفة، وقول أبى يوسف أولا، وقال أبو يوسف آخرًا: يجبر على إعطاء الكفيل، وهو قول محمد، فهو يقول: إنا أجمعنا على أنه يجبر على إعطاء الكفيل فى دعوى المال، وإنما أجبر حتى لا يخفى المدعى عليه بنفسه، فيتمكن المدعى من إقامة البينة، فيتوصل إلى حقه، وهذا المعنى موجود هنا، وأبو حنيفة يقول: التكفيل للتوثيق، واللائق بالقصاص وحد القذف الدرء دون التوثيق، ثم إذا لم يجبر على إعطاء الكفيل عند أبى حنيفة، فالمدعى يلازمه إلى أن يقوم القاضى من مجلسه، فإن جاءت ببينة، وإلا خلّى سبيله، وإن كان المدعى جاء بشاهدين مستورين، وطلب من القاضى أن يأخذ كفيلا بنفسه إلى أن يظهر عدالة شهوده، أو جاء بشاهد واحد عدل، وقال: لى شاهد آخر فى المصر، وطلب من القاضى أن يأخذ منه كفيلا بنفسه، فلا شك أن على قول أبى حنيفة: لا يأخذ؛ لأنه ثبت تهمة القذف والقتل إن لم يثبت حقيقتهما، فيحبس لأجل التهمة، وإذا حبس وقع الاستغناء عن الكفيل، وأما على قولهما: ذكر فى بعض الروايات: أن القاضى يحبسه، ولا يأخذ منه كفيلا. وذكر فى بعض الروايات: أنه لا يحبسه، ولا يأخذ منه كفيلا، وإن كان المدعى جاء بشاهد واحد لا تعرف عدالته، فالقاضى لا يحبسه بلاخلاف، وهل يأخذ منه كفيلا؟ فالجواب ففيه كالجواب فيما إذا لم يقم هذا الشاهد.

١٦٤٧٥- وإن وقع الدعوى فى قتل الخطأ، أو فى جراحة فيما دون النفس خطأ، وادعى أن له بينة حاضرة، وطلب أخذ الكفيل، فالقاضى يأخذ له كفيلا بنفسه ثلاثة أيام؛ لأن الدعوى وقع فى المال، وفى المال يؤخذ الكفيل عندهم، فإن أحضر بينة، قضى له بحقه، وإن لم يحضر بينة خلى سبيله، وأبرأ كفيله.

قال شيخ الإسلام: وتأويل قوله: أبرأ كفيله إذا كانت البراءة مشروطة فى الكفالة، بأن قال الكفيل للمدعى: إن لم تحضر بينتك فى ثلاثة أيام، فأنا برىء من الكفالة، فأما من غير شرط بمضى ثلاثة أيام لا يبرأ لما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٦٤٧٦- وإن وقع الدعوى فى التعزير بأن ادعى قبل رجل شتيمة يريد به شتيمة لا يجب بها حد القذف، أو ادعى ذميّ على مسلم أنه قذفه بالزنا، أو ادعى رجل قبل رجل أنه ضربه، أو خنقه، او ادعت المرأة قبل زوجها أنه ضربها ضربًا فاحشًا، أو الرجل يدعى الضرب الفاحش على ولده، أو ادعى عبد على حر أنه شتمه، فإن الواجب فى هذه الصور التعزير، فإذا ادعى شيئًا من هذه الأسباب، وطلب من القاضى أن يأخذ له كفيلا بنفسه أجابه إلى ذلك، هذه المسألة عن الأقضية.

واعلم بأن من ارتكب جناية ليس فيها حد مقدر شرعًا يجب فيها التعزير جزاءً له، وقذف الذمى لا يوجب حد القذف؛ لأن إحصان المقذوف شرط وجوب الحد للقذف، والإسلام من شرائط هذا الإحصان بلا خلاف، وكذلك الخنق والضرب ليس فيها شاهد مقدر، فيجب بهما التعزير.

ثم شرط فى دعوى المرأة الضرب أن يكون الضرب فاحشًا، وإن لم يشترط فى دعوى الأجانب أن يكون الضرب فاحشًا؛ لأنه لا يحل للإنسان ضرب حر مثله من الأجانب أصلا، فكان أصل الضرب جناية، فتوجب التعزير، وإن لم يكن فاحشًا، أما للزوج أن يضرب زوجته تأديبا، قال الله تعالى: ﴿وَاهجُرُوهُنّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضرِبُوهُنّ﴾[1]، وقال عليه السلام: «لا ترفع عصاك عن أهلك»، ولكن ليس له أن يضربه ضربًا فاحشًا؛ لأن التأديب يحصل بأصل الضرب، فصارت هذه الزيادة جناية منه عليها، فأوجب التعزير، والضرب الفاحش: أن يكسر العظم، أو يخدش الجلد، أو يسوّد، وإنه لا يلى ذلك على امرأته.

وذكر من جملة ذلك أن يدعى الضرب الفاحش على ولده وهو كبير، وقد قيده بالفاحش، والولد إذا ضرب أحد أبويه يعزر، وإن لم يكن الضرب فاحشًا، فقد قيل: هذا القيد وقع سهوًا، وقيل: أراد بالفاحش المؤلم، إلا أن هذا ليس بصحيح؛ لأن الإيلام صار مستفادًا من اسم الضرب؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم، وذكر من جملة ذلك شتم العبد وقذفه، وأنه لا يوجب الحد لفوات الإحصان فى المقذوف، ثم إن ما أخذ الكفيل لأجل التعزير؛ لأنه من حقوق العباد.

---

(١) سورة النساء: الآية ٣٤.

١٦٤٧٧- وإن أقام مدعى التعزير شاهدين مستورين، وطلب من القاضى أن يحبس المدعى عليه، فالقاضى لا يحبسه؛ لأن الثابت بشهادة المستورين تهمة القذف والشتم، وبعد ما ثبت حقيقة الشتم لو أراد القاضى أن يحبسه تعزيراً له ذلك، وإذا جاز أن يكون الحبس موجب حقيقة الشتم، لا يجوز استيفاءه بتهمة الشتم.

وإن وقع الدعوى فى غير الحدود مما هو من حقوق العباد، بأن ادعى رجل على آخر دراهم أو دنانير أو حنطة، أو شعيراً، أو شيئًا بعينه، أو دعوى فى دار أو عبداً أو غصبًا أو قرضًا، أو ما أشبه ذلك، وطلب من القاضى أن يأخذ له كفيلا بنفس المدعى عليه، فالقاضى يسأل المدعى: ألك بينة؟ فإن قال: لا بينة لى، فالقاضى لا يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل؛ لأن أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه؛ ليتمكن المدعى من إثبات حقه عليه، ولذلك طريقان: البينة واليمين، وإذا قال: لا بينة لى، تعين اليمين لإثبات الحق، ويمكن استحلافه فى الحال؛ لأنه حاضر، فلا حاجة إلى أخذ الكفيل، وإن قال: لى بينة إلا أنهم غيّب لا يجبر على إعطاء الكفيل أيضًا.

وإن قال: بيّنتى حضور فى المصر، فالقياس أن لا يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل بنفسه، وفى الاستحسان: يجبر؛ لأن المدعى لا يمكنه إثبات حقه فى هذا المجلس بالبينة، وإن كان شهوده فى المصر على ما عليه الغالب، والظاهر لتفرقهم، فلابد من أن يطلبهم فى اليوم الثانى قبل بروزهم وخروجهم من منازلهم ويواعدهم أن يحضروا مجلس الحكم، ولو لم يؤخذ منه كفيل ربما يخفى نفسه ويعجز المدعى عن إثبات حقه، فكان فى أخذ الكفيل ضرورة.

ثم قال: يؤخذ منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام عند أبى حنيفة، وعندهما إلى وقت جلوس القاضى، قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان كان الحكام فى زمن أبى حنيفة يجلسون للحكم كل ثلاثة أيام، فقدر المدة بذلك، وفى زمن أبى يوسف ومحمد اختلف مدة جلوس الحكام، كان أبو يوسف يجلس فى كل شهر مرة، ثم فعل يجلس فى كل شهر ثلاث مرات، فلاختلاف مدة الجلوس لم يقدر أجلا معلومًا، بل جعلا الأجل مدة جلوسه.

فالحاصل: أن الأجل مدة جلوس الحكم، قالوا: وهذا الأجل لتوسعة المدعى

ليتمكن من إحضار الشهود لا لتوسعة الكفيل ؛ لأن الكفيل قادر على التسليم فى الحال، ولهذا يؤجله القاضى، وإن لم يطلب الكفيل ذلك، ولما كان هذا الأجل لتوسعة المدعى يعتبر الأجل حقّا له، فإن شاء طالب الكفيل بذلك قبل مضى المدة، وإن سلم الكفيل المطلوب قبل مضى المدة، كان للمدعى أن لا يقبل منه حتى يتمكن من إحضاره وقت جلوس القاضى، ثم شرط فى الكتاب لأخذ الكفيل طلب المدعى ذلم من القاضى ؛ لأن أخذ الكفيل حق المدعى، وحق الإنسان لا يؤثر بدون طلبه، قالوا : وهذا إذا كان الرجل عالـمًا يهتدى إلى الخصومات، أما إذا كا جاهلا فالقاضى يأمر المدعى عليه بإعطاء الكفيل، وإن لم يطلب المدعى ذلك.

ثم إذا لم يجبر على إعطاء الكفيل إذا قال : لا بينة لى، أو قال : شهودى غيب، فالقاضى يحلف المدعى عليه مكانه إن طلب المدعى تحليفه، فإن حلف، برئ، وإن نكل يعرض عليه اليمين ثلاث مرات، وهذا اذا تقدم من المدعى عليه الجحود وإن لم يتقدم منه الجحود، ولكن سكت ولم يقر، ولم ينكر، ففى ظاهر الرواية : القاضى يجعله جاحدًا، ويعرض عليه اليمين ثلاث مرات، ويقضى عليه بنكوله.

وروى عن أبى حنيفة فى غير رواية "الأصل" : أن القاضى لا يجعله جاحدًا، ولايحلفه، فعلى هذه الرواية : إذا عرض عليه القاضى اليمين مع أنه ليس للقاضى ذلك، ونكل عن اليمين، لا يقضى عليه بنكوله، وهذا لأن وجوب اليمين عرف بالحديث على من هو منكر من كل وجه، والساكت ليس بمنكر من كل وجه ؛ لأن السكوت محتمل، وعلى قياس هذه الرواية يجب أن لا يسمع عليه البينة أيضًا ؛ لأن البينة إنما تسمع على المنكر من كل وجه، ثم على هذه الرواية : إذا لم يستحلف الساكت، ولم يسمع عليه البينة، ما ذا يصنع القاضى؟

حكى عن الفقيه أبى جعفر : أنه قال : رأيت رواية عن أبى حنيفة أن القاضى يحبسه حتى يقر، أو يحلف، حتى لا يبطل حق المدعى، وإن قال المدعى : لا بينة لى، وأنا أريد أن أستحلفه، فخذ لى كفيلا، فالقاضى لا يلتفت إليه ؛ لأنه يمكنه الوصول إلى حقه فى اليمين من غير الكفيل بأن يستحلفه مكانه، ولا حاجة إلى أخذ الكفيل.

١٦٤٧٨- وإذا قال المدعى : لى بينة حاضرة، فخذ لى كفيلا، وقال المطلوب : لا

أجد كفيلا، كان القول قول المطلوب؛ لأن المطلوب مستمسك بالأصل؛ لأن الكفالة تبرع، والأصل عدم التبرع، وإذا قبل قوله، لا يجبر على إعطاء الكفيل، لكن يؤمر المدعى أن يلازمه كما يلازم الغريم، فإن قال المدعى: أنا عاجز عن ملازمته، وطلب من القاضى أن يحلفه أجابه القاضى إلى ذلك؛ لأن ملازمته آناء الليل والنهار بحيث لا يغيب عنه طرفة عين أمر متعسر، فإذا قال: أنا عاجز عن ملازمته، ولا يمكن إثبات حقه بالبينة إلا بالملازمة، فكأنه قال: أنا عاجز عن إثبات حقى بالبينة، ومتى أقر المدعى بعجزه عن إثبات حقه بالبينة، كان له أن يستحلف المدعى عليه، وليس للقاضى أن يحبس المدعى عليه إذا قال: لا كفيل لى؛ لأن الحبس أقصى العقوبة فى باب المال متى ثبت الحق، فلا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوته، ومن القضاة المتأخرين من أوجب الحبس فى هذه الصورة؛ لأن الطالب ربما لا يمكنه ملازمة الخصم؛ لأنه يحتاج إلى طلب الشهود وإحضارهم، ولا يمكنه أخذ الكفيل من الخصم ليكون وثيقة له فى إحضاره إذا قال: لا أجد، فلو لم يحبسه لم يقدر المدعى على إحضاره لإقامة البينة عليه.

فإن أعطاه كفيلا بنفسه، وقال المدعى: إن هذا الكفيل ليس بثقة، فالقاضى يأمره أن يعطيه كفيلا ثقة، والثقة من يكون معروف الدار، أو معروف الحانوت، لا يمكنه أن يخفى نفسه، وما وراء ذلك من كون الكفيل تاجرًا، أو ما أشبه من شهوات النفس، فلا يلتفت القاضى إليه، ومن يسكن بيتًا، أو حجرة بكراء، فليس بثقة؛ لأنه يسهل عليه التوارى، وإن قال: لا أجد كفيلا ثقة، فالقول قوله، ويأمر المدعى أن يلازمه كما يلازم الغريم على نحو ما بينا.

وإن طلب المدعى من القاضى أن يعطيه وكيلا بالخصومة مع الكفيل بالنفس، فالقاضى يأمره بذلك، ولكن إن أبى إعطاء الوكيل، فالقاضى لا يجبره عليه، يعنى لا يأمر المدعى أن يلازم المدعى عليه؛ لأجل إعطاء الوكيل، بخلاف ما إذا أبى إعطاء الكفيل، حيث يجبر عليه؛ لأنه فى الامتناع غن إعطاء الكفيل متعنت، أما فى الامتناع عن إعطاء الوكيل، فليس بمتعنت.

١٦٤٧٩- ثم المدعى به لا يخلو: إما أن كان عقارًا أو دينارًا[1] أو منقولا، فإن

---

(١) وفى ف: "ذهبًا".

كان عقاراً، فإذا أعطاه المدعى عليه وكيلا بالخصومة وكفيلا بنفس الوكيل، وأعطاه كفيلا بنفسه، فذلك يكفى؛ لأن المقصود بهذا يحصل، ولو لم يعطِه كفيلا بنفس الوكيل، ولا كفيلا بنفسه، فله أن لا يقبل ذلك؛ لأن الوكيل ربما يغيب بنفسه، فلا يحصل مقصود المدعى.

وإن كان منقولا، كان للمدعى أن يطلب منه كفيلا بذلك الشيء، فإن أبى أن يعطيه كفيلا بذلك الشيء، كان له أن يلازم ذلك الشيء، فإن أعطاه كفيلا بذلك الشيء، ووكيلا بالخصومة، فله أن لا يقبل ما لم يعطِه كفيلا بنفسه، أو بنفس الوكيل، فإن أعطاه وكيلا بالخصومة وكفيلا بنفس الوكيل، وسلم ذلك الشيء إلى الوكيل، ولم يعطِه كفيلا بنفس ذلك الشيء، فله أن لا يقبل ما لم يعطه كفيلا بنفس ذلك الشيء، وهذا كله إذا حصل التوكيل برضى الخصم، فأما إذا حصل بغير رضاه، كان له أن يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه عند أبى حنيفة بناء على أن التوكيل بغير رضى الخصم عنده لا يلزم، ويستوى فى هذه المسألة أن يكون الوكيل بالخصومة هو الكفيل بنفس ذلك الشيء، أو كان الكفيل به غير الوكيل؛ لأن المقصود لا يتفاوت إلا أن الوكيل إذا كان هو الكفيل بنفس ذلك الشيء، فالقاضى يأمره أن يعطيه كفيلا بنفسه؛ لأن الوكيل قام مقام الموكل حكمًا، فيطالب بإعطاء الكفيل بنفسه، كما يطالب الموكل.

وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى: أنه كان يقول: إنما يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل بنفسه، والمدعى به إذا كان المدعى عليه ممن يخاف عليه تغييب نفسه، وتغييب المدعى به، أما إذا كان لا يخاف عليه ذلك، بأن يكون رجلا موثوقًا، فإنه لا يجبر عليه؛ لأنه لا فائدة فى أخذ الكفيل فى هذه الصورة.

وإن كان المدعى به دينًا، فقال المدعى عليه: أنا أعطيك كفيلا بالمال وكيلا بالخصومة، ولا أعطيك كفيلا بنفسى، فله أن لا يقبل؛ لأن أكثر ما فيه أن المدعى يثبت الحق على الوكيل، ولكن لا يمكنه استيفاء الحق من الوكيل، وإن قال: أعطيك كفيلا بالمال أيضًا، فله أن لا يقبل منه؛ لأن الناس يتفاوتون، فلا يحصل مقصود المدعى بهذا من كل وجه.

الفصل الخامس عشر
فى الدعوى والخصومة فى الكفالة وإقامة البينة عليها والاستحلاف فيها

١٦٤٨٠- إذا ادعى رجل قبل رجل كفالة بنفس أو مال، وجاء بشاهدين، شهد أحدهما أنه كفل له فى يوم كذا، وشهد الآخر أنه كفل له فى يوم كذا، اختلفا فى الزمان، أو اختلفا فى المكان، شهد أحدهما على أنه كفل له فى سوق كذا، وشهد الآخر أنه كفل له فى سوق كذا، فالقاضى يقبل هذه الشهادة؛ لأن الكفالة تصرف قولى، واختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان فى التصرفات القولية لا يمنع قبول الشهادة. وإن اتفقا على الزمان والمكان، واختلفا فى الأجل، وكانت الدعوى بالكفالة بالمال، فقال أحدهما: كفل به إلى شهر، وقال الآخر: كفل به إلى شهرين، فإن كان المدعى يدعى أقرب الأجلين، فالقاضى يقبل شهادتهما، وإن كان يدعى أبعد الأجلين، لا تقبل شهادتهما؛ لأن الذى شهد بأبعد الأجلين شهد بأقل المالين معنًى؛ لأن المؤجل أنقص من المعجّل فى نفسه، والدين الذى فيه زيادة أجل يكون أنقص، فيكون معنى قولنا: إنه شهد بأقل المالين معنى، فيعتبر بما لو شهد بأقل المالين حقيقة بأن شهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة، وهناك إن ادعى المدعى أكثر المالين، قبلت شهادتهما على الأقل، وإن ادعى المدعى أقل المالين، لا يقبل شهادتهما على الأقل، كذا ههنا.

فإن قيل: إذا ادعى أقرب الأجلين، فقد كذب شهادة الذى شهد بأبعد الأجلين. قلنا: المدعى مشهود له فى حق المال؛ لأن المال له، ومشهود عليه فى حق الأجل؛ لأن الأجل للكفيل عليه لا له، فإذا ادعى أقرب الأجلين، فقد كذب الشاهد الآخر فيما هو مشهود عليه، وهو الأجل، لا فيما هو مشهود له، وهو المال؛ لأنه ادعى أكثر المالين، وتكذيب المشهود له الشاهد يبطل الشهادة، أما تكذيب المشهود عليه الشاهد لا يبطل الشهادة، فأما إذا ادعى أبعد الأجلين، فقد كذب الشاهد الآخر فيما هو المشهود له، وهو المال؛ لأنه ادعى أقل المالين، وتكذيب المشهود له الشاهد يبطل الشهادة.

وإن كان الدعوى فى الكفالة بالنفس، فشهد أحد الشاهدين بأجل شهر، والآخر

بأجل شهرين، ذكر شيخ الإسلام فى شرحه هذه المسألة على التفصيل أيضًا، فقال : إن كان المدعى يدعى أقرب الأجلين، قبلت الشهادة، وإن كان يدعى أبعد الأجلين، لا تقبل الشهادة. وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه من غير تفصيل أن هذه الشهادة مقبولة، وإن أكذب الشاهد بأبعد الأجلين؛ لأنه إنما أكذبه فيما شهد عليه، فالتأجيل فى الكفالة بالنفس لتوسعة الأمر على الكفيل حتى لا يطالب بالتسليم فى مدة الأجل، وهذا أمر على المكفول له.

١٦٤٨١- وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على الكفالة، وقالا : نحن لا نعرف الكفيل والمكفول عنه، ولكن أشهدنا فلان وفلان على شهادتهما أن فلان ابن فلان الفلانى كفل لهذا الرجل بنفس فلان ابن فلان الفلانى، قبلت شهادتهما؛ لأنهما شهدا كما تحملا، ولم يقرا على أنفسهما بالسهو والغفلة، فبعد ذلك، إن أقر المدعى عليه الكفالة أنه فلان ابن فلان يؤاخذ به، وإن أنكر يحتاج المدعى إلى شهود يشهدون أن المدعى عليه فلان ابن فلان الفلانى لأنه ثبت بهذه الشهادة كفالة فلان ابن فلان، إما لم يثبت كون المدعى عليه الكفالة فلان ابن فلان.

١٦٤٨٢- ولو شهد رجلان بأنفسهما أن هذا الرجل كفل لهذا الرجل بنفس رجل نعرفه بوجه، ولا نعرفه باسمه، فالشهادة جائزة، ويؤخذ الكفيل بالكفالة؛ لأنهما نقلا كما تحملا، وإن قالا : كفل بنفس رجل لا نعرفه بوجه، ولا باسمه، فالشهادة جائزة، ويؤاخذ الكفيل بالكفالة بمنزلة ما لو أقر عند القاضى أنه كفل لهذا بنفس رجل، ثم يقال للكفيل بيّن، فأى رجل أتى به، وقال المكفول به : هذا كان القول قوله؛ لأن الإجمال من جهته، فيكون البيان إليه، وكان بمنزلة ما لو أقر لرجل بمال، أو أقر أنه غصب من فلان شيئًا، كان البيان إليه؛ لأن الإجمال كان منه، كذا ههنا، فبعد ذلك ينظر إن صدقه المكفول له فيما بيّن، فلا يمين عليه، وإن كذبه، فإنه يحلف عليه.

١٦٤٨٣- وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بالكفالة بالنفس غير أن أحدهما قال : المكفول به زيد، وقال الآخر : المكفول به عمرو، لا تقبل الشهادة، ادعى الطالب كفالة أحدهما، أو ادعى كفالتهما؛ لأن الشاهد على كل كفالة شاهد واحد، ويقال

للمدعى فيما إذا ادعى الكفالتين[1] ضم إلى كل شاهد شاهداً آخر حتى يقضى لك بالكفالتين؛ لأنه فى هذه الصورة، لم يكذب أحد الشاهدين.

١٦٤٨٤- وإذا ادعى رجل قبل رجل كفالة بنفس رجلين، وأقام شاهدين، فشهدا على كفالة أحدهما، واختلفا فى الآخر، فشهد أحدهما على كفالته، وشك الآخر فيه، وقال: لا ندرى أهو أم غيره؛ فإن الكفيل يؤاخذ بكفالة الذى أجمعا على كفالته، ولا يقضى بكفالة الآخر؛ لأنه ليس على كفالة الآخر إلا شاهد واحد.

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه كفل لأبيهما، ولفلان بنفس فلان، كانت شهادتهما باطلة؛ لأنهما شهدا بلفظ واحد، وقد بطل شهادتهما فى حق أبيهما، فتبطل فى حق الآخر أيضًا.

١٦٤٨٥- وإذا شهد شاهدان أنه كفل لفلان بنفس فلان على أنه إن لم يواف به غداً، فعليه ما عليه، وهو ألف درهم، فالشهادة جائزة، وتثبت الكفالتان، فإن شهد له شاهدان بالإيفاء فى ذلك اليوم، فهو برىء من الكفالة، كما لو ثبت الإبراء فى ذلك اليوم معاينة، وإن اختلفا فى المال، فشهد أحدهما بألف درهم، وشهد الآخر بخمسمائة، واتفقا على الكفالة بالنفس، فالقاضى يقضى بالكفالة بالنفس؛ لأنهما لم يختلفا فيها، وفى الكفالة بالمال اختلفا، واختلاف الشاهدين فى المال على هذا الوجه، يمنع قبول الشهادة عند أبى حنيفة، سواء ادعى الطالب أقل المالين أو أكثر المالين.

١٦٤٨٦- وإن اختلف الشاهدان فى المال، فشهد أحدهما بالدراهم، وشهد الآخر بالدنانير لم تجز شهادتهما فى شىء من ذلك، ادعى الطالب أحد الصنفين أو ادعى الصنفين جميعًا؛ لأنه ليس على كل مال إلا شاهد واحد، وإن اتفقا فى المال أنه ألف درهم إلا أنهما اختلفا، فقال أحدهما: قرض، وقال الآخر: من ثمن بيع، وادعى المدعى أنه من ثمن بيع، فإنه لا يقضى له بشىء؛ لأنه أكذب شاهده الذى شهد له بالقرض إلا أن يوفق، فيقول: كان لى عليه ألف درهم من ثمن بيع إلا أنه أقر بين يدى الشاهد الآخر أنه من قرض.

هذا إذا ادعى المدعى أحد الصنفين، وإن ادعى الصنفين جميعًا قبل شهادتهما،

---

(١) وفى م: "ادعى له بكفالتين".

وقضى بألف درهم ؛ لأنه لم يكذب أحد شاهديه لما ادعى البيع والقرض ، فوجب قبول شهادتهما ، وإذا قبلنا شهادتهما ، قضى له بألف ؛ لأن السبب لم يثبت ، لما اختلفا فى سبب وجوب المال ، فكان كل واحد منهما شهد بألف مطلق .

١٦٤٨٧- ولو كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الأصل ، لم تجز شهادتهما ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما منفعة ، فإن الطالب إذا أخذ المال من الكفيل المشهود عليه استفاد البراءة به .

١٦٤٨٨- وإذا كان لرجلين على رجل ألف درهم ، فأخذ منه كفيلا بنفسه ، فإن لم يواف به غدًا ، فعليه المال ، فجحد الكفيل ، فشهد ابنا الذى عليه الأصل ، فإن كان الأب يدعى ، فإنه لا تقبل شهادتهما ، وإن جحد تقبل شهادتهما ؛ لأن لأبيهما منفعة فيما شهدا به من وجه من حيث إن المطالبة تخف عن الأصيل بسبب الكفالة مضرة من وجه من حيث إنه يثبت للكفيل حق الرجوع إذا أدى ، والناس يتفاوتون فى الإيفاء والاستيفاء ، فيترجح المنفعة عند الدعوى والمضرة عند الجحود .

وإن كان الشاهدان ابنى الكفيل ، فكذا الجواب إن كان الأب يدعى الكفالة ، لا تقبل شهادتهما ، وإن كان يجحد تقبل شهادتهما ؛ لأن للأب فى هذه الشهادة منفعة ، وهو الرجوع عند الأداء ، ومضرة من وجه ، وهو توجه المطالبة عليه فى الحال .

١٦٤٨٩- وإذا ادعى رجل على رجل أنه كفل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه إن لم يواف به غدًا ، وشهد له بذلك شاهدان ، وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك ، والكفيل والمكفول به منكران المال والأمر ، فقضى القاضى بتلك الشهادة على الكفيل إن لم يواف به ، فأخذه بالمال وأدى ، فإن الكفيل يرجع على المكفول به ، وإن كان من زعم الكفيل أنه لا رجوع له على الأصيل ، وأنه لم يكن بينهما كفالة إلا أن القاضى كذبه فى إقراره لما قضى القاضى عليه بالكفالة والأمر ، فالتحق إقراره بالعدم .

ولو أقر الكفيل بالكفالة بالنفس والمال جميعًا ، وقال : لم يأمرنى الأصيل بذلك ، فقضى عليه القاضى بذلك ، ثم جاء الكفيل بالبينة أن المكفول عنه أمره بالكفالة ، لم تقبل بينته على ذلك ؛ لأنها لو سمعت سمعت لحق الكفيل ؛ لأنه هو المقيم لها ، ولا يجوز لحقه ؛ لأنه مناقض فى الدعوى ، بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن هناك البينة تسمع لحق

الطالب، فإنه هو المقيم لها، والطالب غير مناقض فى الدعوى.

١٦٤٩٠- وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمداً عن رجل ادعى على رجل أنه كفل بنفس فلان، وأنكره، وأقام المدعى بينة على الكفيل أنه كفل بنفسه، وألزمه الكفالة، ثم إن الكفيل أقام بينة أنه كفل بنفسه بأمره، قال: لا أقبل بينة؛ لأنه قد أكذب بينته حتى قال: لم أكفل به، قلت: فإن كان بينة المدعى قد شهد أنه كفل بنفس فلان بأمره، قال: أما ههنا فإذا قضى القاضى عليه بالكفالة، فللكفيل أن يأخذ المكفول به بمنزلة من أقام بينة على رجل أنه قد كفل له عن فلان بألف درهم، وقال الكفيل: لم أفعل.

١٦٤٩١- وإذا كفل بنفس رجل لرجل على أنه إن لم يوافِ به غداً، فعليه المال الذى له عليه، فادعى الكفيل أنه وافاه فى ذلك اليوم، وجاء بشهود شهدوا على إقرار الطالب بذلك، قبلت شهادتهما، فإن اختلفا فى مكان إقراره، أو فى وقت إقراره، جازت الشهادة؛ لأن الإقرار قول يتكرر، وإن شهد أحدهما أنه دفع إليه عشية بمحضر منه من غير إقرار، وشهد الآخر أنه دفعه إليه غدوته بمحضر منه من غير إقرار، وادعى المدعى أحدهما، أو كلاهما، لا تقبل شهادتهما؛ لأن الفعل الموجود فى مكان أو زمان غير الفعل الموجود فى مكان، أو زمان آخر.

ولو أقر الكفيل بعد ذلك أنه لم يدفع الرجل، وأن المال قد لزمه، وأن الشهود شهدوا بباطل، فالمال لازم للكفيل لإقراره بالمال، ولإكذابه الشهود فيما شهدوا له، ولا يرجع به إذا ادعاه على المكفول عنه؛ لأنه إنما لزمه المال بإقراره لولا ذلك، لكان لا يلزمه لقيام الحجة على براءته، والإقرار ليس بحجة على الأصيل، وإذا شهد شاهد على الكفالة معاينة، وشهد آخر على إقرار الكفيل بالكفالة، قبلت شهادتهما؛ لأن صيغة الإنشاء والإقرار فى الكفالة واحدة.

١٦٤٩٢- وإذا شهد شاهدان على الكفالة بألف درهم، واختلفا فى اللفظ، فقال أحدهما: كفل بها، وقال الآخر: ضمنها، أو قال أحدهما: إنه قال: إلىّ، وقال الآخر: هى علىّ، فالشهادة جائزة؛ لأنهما اتفقا فيما هو المقصود، وهو الكفالة.

١٦٤٩٣- ولو شهد أحد الشاهدين على رجل أنه احتال بها عليه، وشهد الآخر

أنه ضمنها له على أن أبرأ الأول، والطالب يدعى الحوالة، فإنه يقبل شهادتهما، ويؤخذ المحتال عليه بالمال، والذى عليه الأصيل، برئ؛ لأن الشاهدين شهدا بالحوالة معنى إنما اختلفا لفظًا، والعبرة للمعنى لا للفظ، ولو شهد أحدهما بالحوالة، وشهد آخر أنه ضمن له، وكفل من غير براءة الأصيل، والطالب يدعى الحوالة، كان للطالب أن يأخذ المحتال عليه بدينه؛ لأن الشاهدين اتفقا على كون المحتال عليه ضامنًا لدينه ضمينًا، كان أو حويلا، والطالب ادعى كونه ضامنًا لدينه بدعوى الحوالة، فوجب القضاء بكونه ضامنًا بشهادتهما إلا أنه لم يثبت براءة الأصيل بشهادتهما، وإنما يثبت بإقرار الطالب، فقد أقر الطالب ببراءته حين ادعى الحوالة.

ولو ادعى الطالب الضمان على الكفيل بغير براءة، وقال: لم أحتل عليه، وباقى المسألة بحالها، فإنه تقبل شهادتهما، ويؤاخذ المحتال عليه؛ لأن الشاهدين اتفقا على كونه ضامنًا لدينه، ولم يصر الطالب بدعوى الضمان من غير براءة مكذبًا للشاهد الذى شهد بالحوالة فيما شهد له بإيجاب الضمان على المحتال عليه، وهو لم يكذبه فى ذلك إنما كذبه فى حق براءة الأصيل، والطالب فى حق براءة الأصيل مشهود عليه.

١٦٤٩٤- وإذا شهد شاهدان لرجل على أنه كفل لهذا عن فلان بألف درهم غير أن أحدهما قال: إلى سنة، وقال الآخر: لا، بل حالة، والطالب يدعى الحال، وجحد الكفيل الكفالة، أو أقر بها، وادعى الأجل، فالمال عليه حال فى الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده الذى شهد بالأجل فيما له إنما كذبه بما شهد عليه.

١٦٤٩٥- وإذا ادعى رجل على رجلين كفالة بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل ضامن بها، وشهد له شاهدان، فشهد أحدهما بذلك عليهما، وشهد الآخر على أحدهما أن الطالب يأخذ الذى أجمعا عليه بالألف؛ لأن كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال، وقد تمت الحجة على أحدهما، ولو شهد شاهد بعينه عليهما، وشهد آخر على أحدهما بعينه، وشهد آخر على الآخر بعينه، كان للطالب أن يأخذهما جميعًا؛ لأن الحجة تمت فى حق كل واحد منهما.

١٦٤٩٦- ولو شهد اثنان على أحدهما أنه كفل له بالمال حالا، وشهد اثنان على الآخر أنه كفل له بالمال إلى أجل كان جائزًا، وأخذ الطالب صاحب الأجل بالمال إلى

أجله، وأخذ الآخر بالمال حالا، وكذلك إذا اختلف الفريقان فى مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه.

١٦٤٩٧- وإذا ادعى قبل رجل كفالة بألف درهم له على رجل قد سماه، فشهد شاهدان أنه كفل له بألف درهم عن رجل، وقالا: رأيناه، ولم نعرفه، أو قالا: لم نرَه، ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك، فالمال لازم للكفيل؛ لأنهما يشهدان على قوله، فهو بمنزلة شهادتهما على إقراره، وإن أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك إذا جحد؛ لأن هذه البينة ليست بحجة على الأصيل متى لم تعرفه الشهود، أو لم يروه، ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك، فالمال لازم للكفيل؛ لأنهما يشهدان على قوله، فهو بمنزلة شهادتهما على إقراره، وإن أراه الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك إذا جحد؛ لأن هذه البينة ليست بحجة على الأصيل متى لم تعرفه الشهود أو لم يروه.

هذا إذا سمى المدعى المكفول عنه، فأما إذا لم يسمّ، بل ادعى كفالة بألف درهم له على رجل لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب، وحكى عن الشيخ الإمام شمس الإسلام الأوزجندى: أنه لا يصح دعواه، وهكذا كان يفتى ظهير الدين المرغينانى، والحاصل: أن المكفول عنه إذا كان مجهولا فى الدعوى، لا تصح الدعوى، ولا تسمع الشهادة، وإذا كان مسمى فى الدعوى إلا أنه مجهول فى الشهادة تقبل الشهادة.

١٦٤٩٨- وإذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس فلان، أو مال عليه، وحلف له على ذلك عند القاضى، ثم ادعى على آخر أنه كفل له بنفس فلان ذلك بعينه كان له أن يحلف الثانى؛ لأن كون الأول كفيلا لا ينافى كون الثانى كفيلا، إذ يجوز أن يكفل بنفس أو بمال إنسان وزيادة.

١٦٤٩٩- وإذا ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو بمال، فقال الكفيل: لم أكفل له بشىء، وقد أبرأنى عن هذه الدعوى، وأستحلفه ما أبرأنى، وقال الطالب: بل استحلفه ما كفل لى، فإنه استحلفه بالله ماله قبلك كفالة بذلك، وإنما وجب تقديم يمين الكفيل لا الطالب؛ لأنه سبقه فى دعوى الكفالة، فاستحق عليه استحلافه للحال، فلا يجوز أن يؤمر بدعواه أنك أبرأتنى عن هذه الدعوى، فإذا حلف الكفيل، فإن حلف،

برئ الكفيل، فلا يحتاج إلى تحليف الطالب ما أبرأه، وإذا نكل الكفيل صار مقرّا بالكفالة، فيحلف الطالب بعد ذلك ما أبرأه؛ لأن الكفيل عليه البراءة، فيحلف على ذلك.

١٦٥٠٠- وإذا ادعى رجل قبل رجل كفالة، وقال: أخذت غلامى حتى كفلت لى بفلان، وجحد الكفيل ذلك، فإنه يحلف؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف إذا ادعى رجل قبل رجل كفالة، وجحد الكفيل الكفالة، فأراد المدعى أن يحلفه بالله ما كفلت لى، فالقاضى لا يحلفه على هذا الوجه، وإنما يحلفه بالله ما لهذا قبلك هذه الكفالة لأن الإنسان قد يكفل لغيره، ثم يبرئه المكفول له عن الكفالة، فلو حلف على نفس الكفالة يتضرر به المطلوب، فيحلف على الحاصل، وقد مر جنس[1] هذه المسألة فى الاستحلاف من "كتاب أدب القاضى".

١٦٥٠١- وإذا ادعى الكفيل بالنفس أنه دفع المكفول بنفسه إلى وكيل الطالب، وأنكر الطالب حلف الطالب على علمه، أما التحليف؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، وأما العلم؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير. وإذا قال رجل لقوم: اشهدوا أنى قد كفلت لفلان بنفس فلان، والمكفول به حاضر، والطالب غائب، فإن هذه الكفالة باطلة حتى اتفقا أنه إنشاء، ولم يكن إقرارًا بكفالة وجد فيها الخطاب والقبول، وعلى قول أبى يوسف الآخر: يكون جائزًا.

وأما إذا اختلفا بعد ما قدم الطالب، فقال: أردت به الإقرار بكفالة وجد فيها خطاب وقبول، وقال الكفيل: لا، بل أردت به الإنشاء، ولم يوجد خطاب، ولا قبول، فالقول للطالب؛ لأن هذا الكلام يحتمل الإقرار، وقد دل الدليل على إرادته الإقرار، وهو ظاهر حاله؛ لأن العاقد على ما عليه ظاهر حاله بقصد الصحة بكلامه، وهذا الكلام إنما يصح إذا كان إقرارًا، وهذه المسألة إنما تتأتى على قول أبى حنيفة ومحمد، وأما على قول أبى يوسف: فالكفالة صحيحة حمل كلامه على الإقرار أو على الإنشاء.

١٦٥٠٢- رجل قال الآخر: إن جنى فلان عليك، فأنا كفيل بنفسه، فقال ذلك

---

(١) وفى ف: "هذه المسائل".

الرجل بعد ذلك : قد جنى على فلان، فادفعه إلى، وأنكر الكفيل ذلك فأقام الرجل بينة على فلان بالجناية عليه، فهذا جائز، والكفيل خصمه، والقضاء نافذ على الجانى، ولا تعاد البينة عليه رجل اقتضى من رجل ألف درهم، وضمن له رجل يدرك ما فيها من زيف أو ستوق أو درهم لايروج بين الناس، فضمانه جائز، فإن وجد القابض فيها شيئًا من ذلك يستبدلها من الكفيل حتى يحضر الذى اقتضاه منه المال، فيقضى عليه ببدل، ثم يرجع الطالب على الكفيل، ويقبل قول الطالب فى الزيوف إذا قال : وجدته فيما اقتضيه إن كان أشهد على قبض ألف درهم، وإن كان أشهد على قبض الألف التى له عليه، أو على استيفاء ما عليه، لا يقبل قوله، ولايمين على المطلوب فى قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف : عليه اليمين ما كان هذا فيما قضى.

١٦٥٠٣- وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوافِ به غدًا، فعلى المائة التى لك عليه، واشترط الكفيل على الطالب، وقال للطالب : إن لم يوافِ فى المسجد غدًا، فتقتضيه منى، فأنا برىء منه، فاختلفا بعد الغد، فقال الكفيل : وافيت به غدًا فى المسجد، ولم توافِ أنت، فلم يلزمنى المال، فبرئت عن الكفالة بالنفس، وقال الطالب : وافيت أنا، ولم توافِ به أنت، ولزمك المال، وبقيت كفيلا بالنفس، يجب أن يعلم بأن هنا أحكام ثلاثة : الكفالة بالنفس، وإنها مرسلة، والكفالة بالمال، وإنها معلقة بعدم موافاة المكفول به غدًا فى المسجد لا بعدم الدفع إلى الطالب، فإنه قال : إن لم أوافِ به غدًا، ولم يقل : إن لم أوافِك به غدًا، والبراءة عن الكفالة بالنفس، وإنها معلقة بعدم حضور الطالب فى المسجد غدًا، وإحضار الكفيل المكفول به فى المسجد غدًا، فإنه كفل بنفسه على أنه إن لم يوافِ به المسجد غدًا، فعليه المال على أن الطالب إن لم يوافِ المسجد غدًا ليقبضه منه، فهو برئ من الكفالة بالنفس، فقد علق البراءة عن الكفالة بتقدم موافاة الطالب المسجد بعد ما ذكر موافاته بالمطلوب المسجد غدًا، فصار شرط براءة الكفيل عن الكفالة بالنفس عدم موافاة الطالب المسجد، وموافاة الكفيل المسجد من هذا الوجه.

إذا ثبت هذا، فنقول : إن قامت لهما بينة لا يلزم الكفيل المال، ويبقى كفيلا بالنفس متى لم تشهد الشهود أنه دفع المكفول به إلى الطالب؛ لأنه ثبت موافاتهما المسجد بحكم الشرط، ولم يثبت دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب ليبرأ عن الكفالة

بالنفس بحكم تسليم النفس، فبقى كفيلا بتسليم النفس بهذا، وإن قامت لأحدهما بينة إن قامت للكفيل برئ الكفيل عن الكفالتين، وإن قامت للطالب لزم الكفيل المال، ويبقى كفيلا بالنفس، وإن لم تقم لهما بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ادعى على صاحبه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف على دعوى صاحبه، وجاء النكول، فبعد ذلك، المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن حلفا، وفى هذا الوجه لزم الكفيل المال، وبقى كفيلا بالنفس؛ لأنهما لما حلفا لم يثبت موافاة الكفيل المكفول به فى المسجد غداً، ولا موافاة الطالب، فقد شرط ثبوت الكفالة بالمال، ولم يوجد شرط براءة الكفيل عن الكفالة بالنفس، وأما أن نكلا، وفى هذا الوجه لا يلزم الكفيل المال؛ لأنهما لما نكلا تثبت موافاتهما المسجد، فلم يوجد شرط الكفالة بالمال أصلا، ويبقى الكفيل كفيلا بالنفس؛ لأنه لم يكمل شرط البراءة عن الكفالة بالنفس؛ لأن شرطها عدم موافاة الطالب المسجد، وموافاة الكفيل المسجد، وههنا إن ثبت موافاة الكفيل المسجد لم يثبت عدم موافاة الطالب، بل ثبت موافاته بنكول الكفيل، والمعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط بكماله.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، وفى هذا الوجه ينظر إن حلف الكفيل، ونكل الطالب، ثبت موافاة الكفيل بنكول الطالب، فلم يثبت شرط الكفالة بالمال، فلم يصر كفيلا بالمال، وبرئ عن الكفالة بالنفس لوجود شرطه بكماله، وهو عدم موافاة الطالب، عرف ذلك بحلف الكفيل، وموافاة الكفيل عرف ذلك بنكول الطالب.

وإن حلف الطالب، ونكل الكفيل، لزم الكفيل المال؛ لأنه وجد شرطه، وهو عدم موافاة المكفول به، ثبت ذلك بحلف الطالب، وبقى كفيلا بالنفس؛ لأن شرط البراءة عن الكفالة بالنفس وهو عدم موافاة الطالب لم يثبت بنكول الكفيل.

١٦٥٠٤- ولو كفل بنفسه على أنه إن لم يدفعه إلى الطالب غداً، فالمال عليه، فشرط الكفيل على الطالب أنك إن لم توافنى غداً لتقبضه منى، فأنا برىء من الكفالة بالمال والنفس، فالتقيا بعد الغد، واختلفا، فقال الطالب: قد وافيتك من الغد، ولم تدفعه إلى، فلزمك الكفالتان، وقال الكفيل: لم توافنى فى الغد لتقبضه منى، فأنا برىء من الكفالتين، فالقول قول الكفيل مع يمنيه، وكان يجب أن لا يبرأ الكفيل، ويلزمه

الكفالتان، كما فى المسألة الأولى، فإن فى المسألة الأولى الكفيل كما علق البراءة عن الكفالة بالنفس بشرطين بعدم موافاة الطالب وموافاة الكفيل، ففى هذه المسألة: علق البراءة عن الكفالة بالنفس بشرطين أيضًا: بعدم موافاة الطالب، ودفع الكفيل المكفول به إليه، فإنه قال: لم يوافِنِى ليقبضه منى بعد ما ذكر دفعه فى الغد، فيتعلق البراءة بدفع الكفيل، وعدم موافاة الطالب ليقبضه منه، وصار تقدير كلام الكفيل إن لم يوافِ المسجد غدًا لتقبضه منى، فقد دفعته إليك، فأنا برىء من الكفالتين، كما صار تقدير كلام الكفيل فى المسألة الأولى: إن لم يوافِ المسجد غدًا لتقبضه منى، فقد وافيت به المسجد غدًا، فأنا برىء من الكفالتين، وإذا تعلقت البراءة بالشرطين هنا، فنقول: إن ثبت عدم موافاة الطالب بقول الكفيل؛ لأن العدم أصل لم يثبت دفع الكفيل؛ لأنه أمر حادث.

والجواب: وهو الفرق بين المسألتين أن فى المسألة الأولى الكفيل علق البراءة عن الكفالة بالنفس بالشرطين، وأمكن مراعاة الشرطين؛ لأنه يتصور موافاة الكفيل المسجد غدًا، وعدم موافاة الطالب المسجد غدًا، فعلقنا كذلك، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لا تثبت البراءة عن الكفالة بالنفس، وهنا فى مسألتنا تعذر مراعاة الشرطين؛ لأن الدفع إلى الطالب مع عدم موافاة الطالب لا يتصور، فعلقنا البراءة بشرط واحد، وهو عدم موافاة الطالب فى الغد، لاغير، وذلك قد ثبت بقول الكفيل؛ لأن العدم أصل، فكان متمسكًا بما هو الثابت فى الأصل، وإذا ثبت عدم موافاة الطالب، فقد وجد شرط البراءة عن الكفالتين، فبرئ الكفيل عن الكفالتين، فهذا هو الفرق.

١٦٥٠٥- وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوافِ به غدًا، فعليه ما للطالب عليه من شىء، فلم يوافِ به فى الغد، وقال الكفيل بعد ذلك: لا شىء لك عليه، وادعى الطالب عليه مالا، فالقول قول الكفيل مع يمينه، وكان يجب أن لا يقبل قوله؛ لأنه كفل بماله عليه من شىء، وهذا إقرار بوجوب شىء عليه، فإذا أنكر بعد ذلك وجوب شىء عليه، فقد صار متناقضًا، ألا ترى أنه لو قال: إن لم أوافِك به غدًا، فعلىّ ما عليه من ألف درهم، أو قال: ما عليه من مال، ثم قال الكفيل: لا شىء لك عليه، لا يصدق الكفيل، إنما لا يصدق لما قلنا.

والجواب : أن قضية القياس ما قلتم ، إلا أنا تركنا هذا القياس فى هذه الصورة بالعرف ، فإن فى العرف إذا قيل : أنا كفيل بمالك عليه من شىء ، لا يراد به الكفالة بحق قائم وقت الكفالة ، وإنما يراد به الكفالة بماله عليه من شىء إن كان له عليه شىء ، ومعناه : لا شىء لك عليه ، وإن كان ذلك عليه شىء ، فأنا كفيل به ، وصار تقدير المسألة بحكم العرف : إن كان لك عليه شىء ، فأنا كفيل به ، ولو صرح بذلك ، ثم قال : لا شىء لك عليه ، كان القول قوله ، وقيل : هذا العرف لا يوجد فيما إذا قال : فعلى ما عليه من الألف درهم ، أو قال : من المال ، فيعمل فيه بقضية القياس .

١٦٥٠٦- وإذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال عليه ، وأداه الكفيل من مال نفسه ، ثم لقى الكفيل المكفول عنه ، فجحد أن يكون أمره بالكفالة ، وأن يكون لفلان عليه شىء ، فأقام الكفيل البينة عليه أن لفلان على هذا كذا ، وأن هذا أمره أن يضمنها لفلان ، وأنه قد أداها إلى فلان ، فالقاضى يقبل بينته ، ويقضى له بالمال على المكفول عنه ، وإن كان هو بهذه البينة يثبت الدين لفلان ، وفلان غائب ؛ لأن الكفيل انتصب خصمًا عنه فى إثبات الحق له من حيث الحكم ؛ لأنه ادعى حقًا على الحاضر ، وهو المكفول عنه ، ولا يمكنه إثبات ذلك عليه إلا بإثبات حق للغائب ، فينتصب المدعى خصمًا عنه فى إثبات الحق له ، كما لو ادعى حقًا على حاضر بسبب يدعيه على الغائب ، فإن الحاضر ينتصب خصمًا عن الغائب فى الإنكار ، فكذا فى حق الإثبات للغائب ينتصب المدعى خصمًا عنه ، فإن استوفاه ثم حضر المكفول له ، وادعى المال ، وجحد القبض ، لم يلتفت إلى جحوده ، وبينة الكفيل بالقضاء جائزة عليه ؛ لأن الكفيل ادعى الرجوع على الحاضر ، ولا يمكنه الرجوع عليه إلا بعد إثبات الأمر بالكفالة ، والإيفاء إلى الغائب ، فانتصب المكفول عنه خصمًا فى إثبات الإيفاء إلى الغائب ، كما انتصب خصمًا له فى إثبات الأمر عليه .

وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب : أن الرجل إذا غاب عن امرأته ، وأتاها رجل ، وأخبرها أن زوجها قد أبانها ، ووكله بأن يزوجها منه ، ويضمن المهر ، ففعل ذلك ، ثم رجع الزوج ، وأنكر طلاقها ، وأن يكون أمر هذا الرجل بشىء ، فإن القول قوله ، وليس للمرأة على الكفيل شىء فى قول أبى يوسف ؛ لأن الطلاق لما لم يثبت كان النكاح باطلا ، والكفالة المبنية عليه كذلك ، فلو أقام الكفيل بينة على الزوج بما ادعى من

الطلاق، وتوكيله إياه بالعقد، وأمره بالضمان للمهر، قبلت بينته، وكان لها أن ترجع بالمال على الكفيل، ثم يرجع الكفيل على الزوج، وإن شاءت رجعت على الزوج؛ لأن الكفيل ادعى الرجوع على الزوج، ولايمكنه ذلك إلا بعد إثبات هذه الأشياء عليه، فانتصب خصمًا فى إثبات ذلك كله عليه -والله أعلم-.

الفصل السادس عشر
فى الجمع بين الكفالة والوكالة فى الخصومة

١٦٥٠٧- وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فهو وكيل فى خصومته، ضامن لما ذاب عليه، ورضى به المطلوب، فذلك جائز كله؛ لأنه علق الوكالة بالخصومة والكفالة بالمال بعدم موافاة المكفول به، والوكالة تقبل التعليق بالشرط مطلقًا، والكفالة تقبل التعليق بشرط للناس فيه تعامل، وتعليق الكفالة بالمال بعدم موافاة النفس متعامل، ثم شرط رضى المطلوب، وإنما شرط رضاه لصحة الوكالة عنه لا لصحة الكفالة بالمال؛ لأن الكفالة بالمال من غير رضى المكفول عنه صحيحة، أما الوكالة عنه بالخصومة من غير رضاه لا يجوز، فإن أوفى به فى الغد، فهو برئ من ذلك كله، وإن لم يواف به فى الغد صار كفيلا بالمال، ووكيلا فى الخصومة، فإن سلم المكفول به بعد ذلك، برئ عن الكفالة بالنفس، وهل يبرأ عن الوكالة بالخصومة وعن الكفالة بالمال، فلا شك أنه لو لم يشترط براءته عنهما متى وافى به أنه لا يبرأ، وإذا شرط براءته عنهما يبرأ عن الكفالة بالمال، ولا يبرأ عن الوكالة بالخصومة؛ لأن تعليق البراءة عن الكفالة بموافاة النفس جائز على ما مر، فأما تعليق البراءة عن الوكالة بالخصومة فغير جائز؛ لأنه تعليق العزل، والحجر بالشرط، وذلك باطل.

ولو قدم الوكالة فى هذه الصورة بأن قال المطلوب: هذا وكيلى فى خصومة ما بينى وبينك ضامن لما ذاب لك على علىّ أنه إذا وافى لى غداً يدفعنى إليك، فهو برىء من ذلك كله، فهذا جائز، لم يرد بقوله، فهذا جائز جواز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال، وعن الوكالة بالخصومة، وإنما أراد به جواز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال لا غير؛ لأن تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بشرط متعامل جائز، أما تعليق البراءة عن الوكالة بالشرط لا يجوز.

١٦٥٠٨- ولو كفل بنفسه على[1] أنه إن لم يواف به غداً فلان رجل آخر وكيل فى

(١) هكذا فى ف وم، وكان فى ظ: "حتى".

خصومته، فما قضى به عليه ففلان رجل آخر ضامن له، ورضوا به، فهذا جائز؛ لأنه اتحد الطالب والمطلوب فى الكفالتين، إنما اختلف الكفيل، وذلك غير مانع.

١٦٥٠٩- ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فهو وكيل فى خصومته، ورضى المطلوب بذلك، فلم يواف به فى الغد، فهو وكيل بالخصومة، فإن قضى عليه بشيء لم يلزم الكفيل؛ لأن الكفيل قبل الوكالة امّا ما التزم المال، فإن قضى الكفيل الطالب حقه، فللطالب أن لا يقبل ذلك منه؛ لأنه متبرع فى الأداء، ومتى قبل منه لا يرجع على المطلوب بذلك؛ لأنه قضى دينه بغير أمره.

١٦٥١٠- ولو كفل بنفس رجل إلى أجل مسمى على أنه إن لم يواف به، فهو ضامن لما ذاب عليه ووكيل فى خصومته، فرضى المطلوب بذلك، فأراد الطالب أن يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس قبل الأجل، فليس له ذلك، وهذا ظاهر الرواية؛ لأن ضرب الأجل لتوسع الأمر على الكفيل، فلا يتضيّق الأمر عليه قبل مضى الأجل، ألا ترى أنه لو كفل بمال إلى أجل، لا يكون للطالب أن يطالب الكفيل قبل مضى الأجل، وطريقه ما قلنا، وليس له أن يخاصمه قبل مضى الأجل أيضًا؛ لأن الوكالة بالخصومة بناء على عدم الموافاة المستحقة بحكم الكفالة، ووذلك لايكون إلا بعد مضى الأجل.

١٦٥١١- ولو كفل رجل بنفس رجل، وجعله المكفول به وكيلا بالخصومة ضامنًا لما ذاب عليه، ورضى الكفيل بذلك، ثم مات الكفيل، فلا خصومة بين الطالب وبين ورثة الكفيل؛ لأن الوكالة تبطل بموت الوكيل، فإن وجد الطالب المكفول به، وخاصمه إلى القاضى، فما قضى له عليه بشيء كان فى مال الكفيل؛ لأن الكفالة بالمال لا تبطل بموت الكفيل، ولكن لابد من خصومة الطالب مع المطلوب، وإثبات الطالب حقه بالحجة، وقضاء القاضى بذلك؛ لأن الكفالة حصلت بما ذاب له على فلان، وإنما يتحقق الذوب بما قلنا، ويكون الطالب بعد ذلك بالخيار، إن شاء اتبع المطلوب، وإن شاء اتبع تركة الكفيل، فإن اختار اتباع المطلوب، وأدى المطلوب المال، فالمطلوب لا يرجع بما أدى على أحد، وإن اختار اتباع تركة الكفيل فأدوا، رجعوا بما أدوا على المطلوب؛ لأن الكفالة بالمال حصلت بأمره.

١٦٥١٢- وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدًا فهو ضامن لما ذاب

عليه، ووكيل بالخصومة، فلم يواف به غداً، لا شك أنه يصير كفيلا بالمال، وهل يصير وكيلا بالخصومة، فهذا على وجهين: إما أن قال: فهو وكيل بالخصومة، ولم يزد عليه، وفى هذا الوجه لا يصير وكيلا؛ لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، ولو أرسل الوكالة بالخصومة بأن قال: وكلتك بالخصومة، ولم يزد على هذا، لا يصير وكيلا؛ لأنه لا يدرى من يخاصم، وفيماذا يخاصم، ويقع التعاون[1] فى الخصومة باختلاف أجناس ما يقع فيه الخصومة وباختلاف الأشخاص أيضًا، فيكون الموكل به مجهول الجنس على هذا الاعتبار، وإنه مانع صحة الوكالة إذا لم يفوض المشيئة إلى الوكيل.

وأما إذا قال: جعلتك وكيلا بخصومة ما بينا، أو قال فى الخصومة التى بيننا، أو قال: فى خصومة ما بيننا، ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى والشيخ الإمام خواهر زاده: أنه يصير وكيلا؛ لأنه لو أرسل الوكالة على هذا الوجه، يصير وكيلا؛ لأنه أضاف الوكالة إلى الخصومة الواقعة بينهما، وإنها معلومة فيما بينهما، فكذا إذا علقها بالشرط، فوجد الشرط.

وذكر شمس الأئمة السرخسى: أنه لا يصير وكيلا، فكأنه لم يصحح الوكالة بهذا اللفظ إذا كانت مرسلة؛ لأنه لم يبين فى أى خصومة وكله، والخصومات فى نفسها متفاوتة، وعسى يكون بينهما خصومات أخرى سوى هذه، ولم يفوض الأمر إلى مشيئته، فكان الوكيل عاجزاً عن تحصيل مقصود الآمر، وفى مثل هذه الصورة لا تصح الوكالة.

---

(١) هكذا فى ظ، ف، وكان فى الأصل: "الاختلاف".

الفصل السابع عشر
فى مباشرة العقود بشرط الكفالة

١٦٥١٣- يجب أن يعلم أن العقود التى يشترط فيها الكفالة أقسام ثلاثة :

قسم : إذا كان الكفيل غائبًا ، وقبل الكفالة أو لم يقبل ، أو كان حاضرًا ، ولم يقبل ، وإنه يفسد قياسًا واستحسانًا ، وإذا كان حاضرًا ، وقبل ، يصح استحسانًا ، وذلك كل عقد تبطله الشروط الفاسدة ، نحو البيع والإجارة والسلم ، وقسم : لا يفسد بشرط الكفالة فيه ، سواء كان الكفيل حاضرًا أو غائبًا قبل ، أو لم يقبل ، وذلك كل عقد لا تبطله الشروط الفاسدة ، نحو القرض والعتق على مال ، والنكاح والصلح عن دم العمد إلا أنه إذا لم يقبل الكفيل الكفالة ، لا تثبت الكفالة ، وإذا قبل يثبت ، فأما العقد لا يفسد باشتراط الكفالة فى الأحوال كلها .

وقسم : إذا شرط فيه الكفالة ، وقبل الكفيل ، يصح سواء كان الكفيل حاضرًا أو غائبًا ، وإذا لم يقبل لم يصح ، وذلك رجل له على رجل ألف درهم حالة من ثمن بيع أو سلم ، وسأله أن ينجمه نحو[1] ما على أن يكفل له فلان ، فقبل : إن قبل الكفالة صح التأخير ، سواء كان الكفيل حاضرًا أو غائبًا ، وإن لم يقبل لا يصح التأخير ، وذلك لأن التأخير ليعطيه كفيلا يشبه النكاح من وجه ، ويشبه البيع من وجه ، يشبه النكاح من حيث إن الطالب يحصل لنفسه بإزاء هذا الشرط لا بمقابلة ما ليس بمال ، وهو التأخير ، ويشبه البيع من وجه من حيث إن التأخير يحتمل الفسخ بعد وقوعه ، فإن الغريم إذا لم يقبل بطل الأجل ، وكان من هذا الوجه كالبيع ، فوفرنا على الشبهين حظهما ، فقلنا : لشبهه بالنكاح يجوز إذا حصل للمؤخر شرطه بأن قبل الكفيل الكفالة ، ولشبهه بالبيع قلنا : إنه لا يجوز إذا لم يحصل للمؤخر شرطه ، بأن لم يقبل الكفيل الكفالة عملا بالشبهين بقدر الإمكان ، فإذا أعطى المطلوب الطالب كفيلا

---

(١) هكذا فى ظ وف والأصل ، وكان فى م : "نجومًا" .

بالمال على إن جعل له أجلا معلومًا، فهو جائز فى الديون كلها، ويصير مؤجله إلا فى القرض، فإن القرض حال على الأصيل، لا يلزم فيه الأجل كالعارية، وهو مؤجل على الكفيل؛ لأن المال لا يجب على الكفيل بالقرض، وإنما يجب بالكفالة، والواجب بالكفالة يقبل الأجل.

الفصل الثامن عشر
فى الكفالة مع الجهالة

١٦٥١٤- وإذا كفل رجل لرجلين، فقال: كفلت لهذا بماله على فلان، وهو ألف درهم، أو لهذا بماله على فلان الآخر، فهو باطل؛ لأن المكفول له مجهول.

١٦٥١٥- ولو قال لرجل: كفلت لك بمالك على فلان، أو بمالك على فلان الآخر جاز، ويكون للكفيل الخيار، وإن كان المكفول عنه مجهولا، فقد جعل جهالة المكفول له مانعة جواز الكفالة، ولم يجعل جهالة المكفول عنه مانعة. والفرق: أن الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبوله كالبيع لا يصح من غير قبول المشترى، وفى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى يصح من غير قبوله، كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبوله أصلا، وإذا كان بمنزلة البيع فى حق الطالب، كان جهالة البائع مانعة جوازها، كما أن جهالة المشترى مانعة جواز البيع، وإذا كانت بمنزلة العتق والطلاق فى حق المطلوب، لم يكن جهالة المطلوب مانعة، كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق.

١٦٥١٦- ثم فرق بين جهالة المكفول عنه فى الكفالة المرسلة وبين جهالة المكفول عنه فى الكفالة المضافة، فإن جهالة المكفول عنه فى الكفالة المضافة مانعة جواز الكفالة حتى إن من قال لغيره: كفلت لك بما بايعت أحدًا من الناس، كانت الكفالة باطلة، والوجه فى ذلك أن فى الكفالة المضافة ما امتنع جوازها لجهالة المكفول عنه، بل لأجل الإضافة، فإن إضافة الكفالة إلى وقت فى المستقبل مما يأباها القياس؛ لأنها تمليك فى حق الطالب، وإنما جوزت استحسانًا لمكان التعامل، والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلومًا، فإذا كان مجهولا تبقى على أصل القياس. وإذا كفل لغيره بنفس فلان، أو بما عليه، فالكفالة جائزة؛ لأنها لو لم تجز لجهالة المكفول به؛ لأن المكفول عنه معلوم، إلا أن جهالة المكفول عنه، وإن فحشت لا تمنع صحة الكفالة.

١٦٥١٧- وإذا قال الرجل لغيره: كفلت لك بنفس فلان، فإن لم أوافك به غدًا،

فعلى ما عليه، وهو ألف درهم، أو بنفس فلان الآخر، فإن لم أوافِك به غداً، فعليّ ما عليه، وهو مائة دينار، فذلك جائز؛ لأن الجهالة فى المكفول عنه، لا فى المكفول له، وجهالة المكفول عنه لاتضر، بعد ذلك ينظر إن وافى بأحدهما فى الغد، فقد برئ عن الكفالات كلها؛ لأن الكفالة بالنفس إنما صحت بأحدهما، إلا أن له الخيار بصرف الكفالة إلى أيهما شاء، فمتى وافى بأحدهما، فقد صرف الكفالة إلى الذى وافى به، فتعين هذا بالموافاة، وصار كأنه من الابتداء لم يكفل إلا بهذا، وعلق الكفالة بالمال بعدم الموافاة فى الغد، ولو كان كذلك إذا وافى به فى الغد، برئ عن الكفالتين، فكذا هنا.

فأما إذا لم يوافِ بأحدهما حتى مضى الغد، فإنه يلزمه الكفالة بالمال عن أحدهما، وله الخيار؛ لأنه علق الكفالة بالمال عن أحدهما بعدم موافاة أحدهما فى الغد، فإذا لم يوافِ بأحدهما فى الغد، فقد وجد شرط وجوب الكفالة بالمال، فيلزمه ذلك، وله الخيار؛ لأن الإبهام منه، ألا ترى أن الكفالة على هذا الوجه لو كانت مرسلة، كان الكفيل بالخيار، وطريقه ما قلنا، وسيأتى من جنس هذه المسائل فى فصل المتفرقات -إن شاء الله تعالى- .

الفصل التاسع عشر
فى كفالة المريض وموت الكفيل المريض مرض الموت

١٦٥١٨- إذا كفل عن رجل بمال، فإن كان عليه دين يحيط بماله، فالكفالة كلها باطلة، وإن لم يكن عليه دين، جازت الكفالة بقدر الثلث؛ لأن الكفالة تبرع، وتبرع المريض إذا كان عليه دين يحيط بجميع ماله باطل، وإن لم يكن عليه دين صح بقدر الثلث، فكذا الكفالة.

وإن كفل لوارث، أو عن وارث، لا يصح أصلا، أما إذا كفل للوارث، فلأنه تبرع فى حق الوارث من كل وجه، وأما إذا كفل عن الوارث، فلأنه تبرع فى حق الوارث من وجه؛ لأن بالكفالة تحقق المطالبة فى حق الأصل[1].

١٦٥١٩- وإن كفل المريض عن رجل بألف درهم، ولا دين عليه، ثم أقر بدين محيط بماله لأجنبى، ثم مات الكفيل، كان المقر له أولى بتركة الكفيل من المكفول له؛ لأن إقراره بدين للأجنبى قد صح، وظهر أنه تبرع فى مرض موته، وعليه دين، والدين مقدم على التبرع، فإن كانت تركته أكثر من الدين الذى أقر به، ينظر إن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقى بعد الدين صحت كلها، وإن لم تخرج كلها من ثلث ما بقى، تصح بقدر ثلث ما بقى، وإن كانت الكفالة عن وارث، أو لوارث لا تصح أصلا، فإن اقتضى المكفول له شيئًا من المريض، ثم مات المريض، إن كانت الكفالة لوارث، أو عن وارث يسترد كله من المكفول له، وإن كانت الكفالة لأجنبى، ولا دين على المريض، فإنه يؤخذ منه الثلثان، كما لو أوصى له، أو وهب له، ثم مات ولا دين عليه، فإنه يسلم له الثلث، ويسترد منه الثلثان، فههنا كذلك.

١٦٥٢٠- وإذا أقر المريض أنه كفل لهذا بكذا فى حالة الصحة، فإن كان عليه دين محيط بماله لايصح إقراره، سواء كان عليه دين الصحة أو دين المرض؛ لأن الاستناد إلى حالة الصحة لايثبت بمجرد إقراره لما فيه من إبطال حق الغرماء، وإذا لم يثبت الإسناد إلى

(١) وفى الأصل: الأصيل مكان "الأصل".

حالة الصحة، كان هذا كفالة المريض، وكفالة المريض إذا كان عليه دين محيط بماله، لا يصح أصلا.

وإن لم يكن عليه دين يعتبر من جميع المال إذا لم يكن لوارث، ولا عن وارث، وهذا لما عرف في كتاب الإقرار أن حق الورثة إنما يتعلق بمال المريض فيما بينهم وبين الأجانب بقدر الثلثين، فأما الثلث فخالص حق المريض، فصح الإسناد إلى حالة الصحة بقدر الثلث، وإذا صح الإستناد بقدر الثلث ظهر أن هذا الثلث لم يكن له، فصح بقدر ثلث ما بقي، ثم وثم إلى أن يأتي على جميع المال، وبهذا الطريق جوّزنا إقرار المريض للأجنبي بجميع المال، وإذا صح الإسناد صح من جميع المال، كما لو أقر بدين آخر، أما حق الغرماء متعلق بجميع المال، فلايصدق في الإسناد إلى حالة الصحة في شيء من المال، وجعل كأنه إنشاء الكفالة في المرض، وعليه دين محيط بماله، وإذا كفل في الصحة لرجل بما يقر له فلان، ثم مرض وعليه ديون تحيط بماله، ثم أقر المكفول عنه أن لفلان عليه دين كذا، لزم الكفيل ذلك، ويكون ذلك من جميع ماله، وإن وجب هذا الدين بسبب الكفالة في حالة المرض؛ لأن سببه كان منعقداً في حالة الصحة؛ لأن السبب إذا كان مضافًا يعتبر منعقداً في الحال، ويكون الحكم متأخراً كالنذر المضاف، والدين متى وجب في حالة المرض بسبب وجد في حالة الصحة يكون له حكم دين الصحة، كما لو باع على أنه بالخيار، وجاءني وهو صحيح ثم مرض.

وكذلك إن أقر بعد موته، فإن المقر له يحاص غرماء الكفيل بذلك؛ لأن أصله كان في الصحة، وكذلك لو كان كفل بما ذاب لفلان على فلان، أو بما قضى له عليه أو بما صار له عليه.

وكذلك إذا كان ذلك لوارث أو عن وارث؛ لأن أصله كان في الصحة، وهو بمنزلة ضمان الدرك، فإنه لو كفل في حالة الصحة بما أدركه من درك في دار اشتراها، ثم استحقت الدار في مرض الكفيل، أو بعد موته، فإن المشتري يضرب مع غرماء الكفيل الميت بالثمن؛ لأن أصله كان في الصحة.

١٦٥٢١- قال محمد في "الجامع": رجل مريض وابن المريض كفيل للمريض بنفس غريم للمريض عليه مال كثير، فأبرأ المريض الابن عن الكفالة ومات، فالإبراء

صحيح؛ لأن المريض كالصحيح فيما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة، وحق الغرماء والورثة لا يتعلق بالكفالة بالنفس؛ لأن المستحق بالكفالة بالنفس موافاة نفس المكفول به، وإنها ليست بمال، وحق هؤلاء لا يتعلق بما ليس بمال، وإن كان الابن قد كفل بالغريم على أنه إن لم يوافِ به في يوم كذا، فعليه ما على الغريم من المال، فلم يوافِ به فى ذلك اليوم حتى صار الابن كفيلا بالمال، أو كفل بالمال ابتداء غير معلق، ثم إن المريض أبرأه عن الكفالة بالمال، لا يجوز الإبراء عنها إلا بإجازة باقى الورثة؛ لأن الإبراء حصل عما يتعلق بها حق الورثة والغرماء؛ لأن المستحق بها مال يجرى فيه سهام الورثة، والمريض متى تبرع على بعض ورثته بما يتعلق به حق الغرماء والورثة يقف ذلك على إجازة بقية الورثة، وإذا كفل المريض بمال، ولا دين عليه، ثم استدان دينًا محيط بماله، ثم مات، فالكفالة باطلة؛ لأن ما لزم المريض من الدين بسبب معاين بمنزلة دين الصحة، وقد بينا أن الكفالة فى المرض، لا يصح إذا كان على المريض دين محيط.

١٦٥٢٢- وإذا مات الكفيل بالمال، وعليه ديون سوى دين المكفول له، فإن المكفول له يضرب فى تركة الغريم مع سائر غرماءه بالحصص؛ لأن دين المكفول به يساوى دين سائر الغرماء؛ لأن الكل ديون الصحة، فإن كان دين المكفول له ألف درهم مثلا، فضرب فى تركة الميت مع غرماءه، فأصابه خمسمائة، ثم مات المكفول عنه ضرب المكفول له فى تركة المكفول عنه مع سائر غرماءه بما بقى من حقه، وذلك خمسمائة، ويضرب ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه بخمسمائة؛ لأنهم أدوا عنه خمسمائة، ثم ينظر أن كان المكفول له، كم نال من التركتين؟ فإن نال مثلا تسعمائة كان الباقى من حقه مائة يضرب بذلك مع سائر غرماءه، أى الكفيل بما بقى من حقوقهم فى الخمسمائة التى أخذها ورثة الكفيل من تركة المكفول عنه؛ لأن الخمسمائة التى أخذها ورثة الكفيل زيادة مال ظهر للكفيل، فيقسم بين سائر غرماءه وبين المكفول له بالحصص.

الفصل العشرون
فيما يكون الرجل فيه خصمًا من الكفالة

١٦٥٢٣- قال محمد في "الجامع": رجل ادعى على رجل أنه كفل له عن فلان بألف درهم له عليه بأمره، وجحد الكفيل ذلك، فأقام المدعي بينة على دعواه، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل؛ لأنه ادعى لنفسه دينًا بسبب الكفالة، وقد أثبته بالحجة، ويكون ذلك قضاء على المكفول له الغائب حتى لو حضر، وأنكر لم يحتج إلى إعادة البينة عليه؛ لأن المدعي لما كان خصمًا للكفيل في إثبات حقه عليه، كان خصمًا في إثبات سببه، ومن عتق بهذا الحق سببًا، وهو الكفالة بأمره والشهود شهدوا كذلك، والقضاء أبدا يكون على موافقة الدعوى والشهادة، فيقع القضاء بالكفالة بالأمر، والأمر بالكفالة بالألف التي عليه إقرار بالألف، والكفيل انتصب خصمًا عن الغائب في إنكار الآمر لما أنكر وجوب الحق على نفسه بهذا السبب، فتعدى القضاء إلى الغائب من هذا الوجه، وإن حضر الغائب قبل دفع الكفيل إلى المدعي، كان للمدعي الخيار إن شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالب الأصيل، وإذا أدى الكفيل رجع بما أدى على الأصيل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة، ولا يكون للأصيل أن يحتج عليه بجحوده الأمر بالكفالة لجريان الحكم، بخلاف ما زعم الكفيل.

ولو أن المدعي ادعى الكفالة، ولم يدع الأمر، قضى القاضي على الكفيل بالمال، ولا يكون ذلك قضاء على الغائب حتى لو حضر الغائب، لم يكن لأحد عليه سبيل إلا بعد إعادة البينة عليه؛ لأن الشهود شهدوا بأصل الكفالة، أما ما شهدوا بالأمر، فالقضاء يكون بأصل الكفالة أيضًا، وليس من ضرورة الكفالة بغير أمر الأصيل وجوب المال على الأصيل، فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فلا يتعدى القضاء إلى الغائب، ولا كذلك الفصل الأول على ما ذكرنا.

١٦٥٢٤- وفي "الجامع" أيضًا: رجل ادعى على رجل أنك كفلت لي عن فلان بأمره بكل ما لي قبله ولم يفسر المال، بل أطلق وأبهم، وجحد الكفيل ذلك، فأقام

المدعي بينة على الكفالة بأمر فلان، وأن له على فلان ألف درهم، كانت قبل الكفالة، قبلت البينة، وقضى بالمال على الكفيل، ويكون ذلك قضاء على المكفول عنه الغائب حتى لو حضر كان مطالبًا بالمال، أما من جهة الطالب إن لم يقبض الطالب من الكفيل، أو من جهة الكفيل إن قبض الطالب من الكفيل، وكذلك إن لم تشهد الشهود أن الكفالة كانت بأمر المكفول عنه، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل وعلى المكفول عنه، لكن لا يقضي بالأمر حتى لا يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى.

فرق بين هذا وبين الفصل الأول، فإن هناك إذا لم يشهد الشهود أن الكفالة كانت بأمر المكفول عنه، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل دون المكفول عنه. والفرق: أن الحاضر إنما ينتصب خصمًا عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر، إلا بإثبات ما يدعيه على الغائب، أما إذا أمكن فلا، ففي الفصل الأول إذا لم يدع الآمر أمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر الألف بسبب الكفالة، وقول الكفيل: كفلت لك عن فلان بالألف التي لك عليه إقرار من الكفيل بوجوب الألف، وهذا كان لصحة القضاء بالدين على الكفيل، فلا ضرورة إلى إثبات شيء آخر، فلا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، أما في الفصل الثاني لا يمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر، إلا بإثبات ما يدعيه على الغائب؛ لأن قول الكفيل: كفلت لك بكل ما لك عليه ليس إقرارًا من الكفيل بوجوب شيء عليه؛ لأنه لم يقدره بشيء معلوم، وصار تقديره كفلت لك بكل ما لك عليه إن كان لك عليه شيء، فكانت الكفالة متعلقة بوجوب المال على الأصيل، فما لم يثبت القضاء على الأصيل لا يثبت الوجوب على الأصيل، وما يثبت الوجوب على الأصيل، لا يوجد شرط صحة الكفالة، فلا تثبت الكفالة، وإن لم يمكن إثبات الدين على الكفيل في هذا الفصل إلا بإثبات الدين على الغائب، انتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فيتعدى القضاء إلى الغائب، ويصير الفصل الثاني حيلة في إثبات الدين على الغائب إذا خاف الطالب موت الشهود قبل رجوع المطلوب، فيتواضع مع رجل، ويدعي عليه مثل هذه الكفالة، فيقر المدعى عليه بالكفالة، وينكر وجوب المال على الأصيل، فيقيم المدعي البينة على المال، ويقضي بالمال على الكفيل، وعلى الأصيل جميعًا، وكل جواب عرفته في الكفالة، فهو الجواب في الحوالة، وفي الكفالة بشرط

براءة الأصيل؛ لأن الكفالة بشرط[١] براءة الأصيل حوالة.

وكذلك إذا ادعى عليه أنك ضمنت لى ما بايعت به، فلانًا من شىء وقد بعت منه كذا وكذا بكذا، وأنكر المدعى عليه الضمان والمبايعة أو أنكر أحدهما، وأقام المدعى بينة على دعواه، قضى بالمال على الضامن، ويكون ذلك قضاء على الغائب، وهذا الفصل من كتاب الأقضية.

١٦٥٢٥- وفيه أيضًا: لو أن رجلا قال لغيره: اضمن لفلان ما بايعنى به من شىء، فيضمن له ذلك، ثم إن الضامن أقام بينة على المضمون له عنه أن فلانًا المضمون باع هذا العبد منك بألف درهم، وأنك أمرتنى بالضمان، وقد أديت ثمن هذا العبد عنك بحكم الضمان، قبلت بينته، ويرجع على المضمون عنه، ويكون ذلك قضاء[٢] على المضمون له بالبيع، وأداء الثمن إليه؛ لأن الضامن يدعى لنفسه حق الرجوع على المضمون عنه بسبب أداء ما ضمن عنه إلى المضمون له، ولا يمكنه ذلك إلا بعد إلا بعد إثبات الأداء إلى المضمون له، فانتصب خصمًا عنه، ويتعدى القضاء إليه.

١٦٥٢٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل باع من رجلين متاعًا بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فلقى البائع أحدهما، وأقام عليه البينة أن له على هذا وعلى فلان الغائب ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بأمره، قال: يُقضى له على الحاضر بألف درهم، خمسمائة منها عليه بالشراء، وهذا ظاهر وخمسمائة ضمنها عن الغائب؛ لأنه ادعى تلك الخمسمائة لنفسه بسبب الضمان، والإنسان كما ينتصب خصمًا فى إثبات الحق وإنكاره ينتصب خصمًا فى إثبات سبب الحق وإنكاره، فالبينة على الضمان قامت عن خصم على خصم، فقبلت فإن لم يأخذ الطالب منه شيئًا حتى حضر الغائب، لا يحتاج إلى إعادة البينة عليه؛ لأنه نفذ القضاء على الغائب بملاقاته خصمًا حاضرًا عنه، ولكن إنما يأخذ الطالب منه خمسمائة لا غير؛ لأنه إنما صار مقضيًا عليه بهذا القدر، فلا يرجع عليه بالزيادة.

١٦٥٢٧- ولو أن رجلا كفل لرجل عن رجل بمال، ثم إن الطالب لقى الأصيل

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "يشترط".

(٢) هكذا فى ظ وف، وفى م: "اقضاء"، وفى الأصل: "للقضاء".

قبل أن يلقى الكفيل، فأقام عليه بينة أن له عليه ألف درهم وفلان كفيل بها بأمره، فإنه يقضى له عليه بألف درهم، ولا يقضى له على الكفيل بشيء حتى لو لقى الكفيل ليس له أن يأخذ منه شيئًا ما لم يعُد عليه البينة؛ لأن الأصيل ليس بخصم عن الكفيل فى إثبات الكفالة، فلا يصح القضاء، ولا ينفذ عليه مع غيبته، وأوضح ابن سماعة الفرق بين الفصلين، قال: وقد يلزم الذى عليه الأصل، ولا يلزم الكفيل، ألا ترى أنه إذا أبرأ الكفيل، فالمال لازم على الأصيل، وإن لم يكن لازمًا على الكفيل، وإذا لم يكن من ضرورة وجوب المال على الأصيل الوجوب على الكفيل، لا ينتصب الأصيل خصمًا عنه، ولا يتعدى القضاء إليه، أما لا يجوز أن يلزم[1] الكفيل، ولا يكون لازمًا على الأصيل، ألا ترى أنه إذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل، وإذا لم يكن بد من وجوب المال على الأصيل حتى يصح القضاء لوجوبه على الكفيل، انتصب خصمًا عنه ضرورة، فيتعدى القضاء إليه.

قال ابن سماعة أيضًا عن محمد: أنه قال: ألا ترى أنه لو قال: ما بايعت فلانًا من شىء، فإنه ضامن، فقال الطالب للضمين: قد بايعت فلانًا بيعًا بألف، وأقام على ذلك بينة، أنه يلزم الضمين، ويلزم المشترى أيضًا، ولا يحتاج إلى إعادة البينة على المشترى، وهذا وما سبق[2] سواء، إلا أن ثمة ادعى الكفالة بدين مطلق، وههنا ادعى الكفالة بسبب المبايعة.

١٦٥٢٨- ولو أن رجلا ادعى على رجل أنه كفل له هو وفلان غائب بألف درهم عن فلان، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، وأقام البينة على ذلك، فإنه يقضى له على الحاضر بألف درهم؛ لأنه ادعى عليه ألف درهم، خمسمائة بالكفالة عن الأصيل، وخمسمائة بالكفالة عن صاحبه، وانتصب خصمًا له فى إثبات الكفالة عن الأصيل، وعن صاحبه لما بينا، وصار الأصيل وصاحبه مقضيًا عليهما بالقضاء على الكفيل حتى لو وجد الطالب الغائب أخذه بالألف، ولا يحتاج إلى إعادة البينة عليه.

فلو ادعى رجل على رجل أنه باعه وفلان ابن فلان الغائب عبدًا بألف درهم،

---

(١) وفى ف: "يلزمه".

(٢) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "وما سواه سواء".

وكفل كل واحد منهما عن صاحبه ما عليه من الألف، وأقام البينة عليه، أخذ الحاضر بألف درهم، وإذا حضر الغائب يأخذه بالخمسمائة التي هو أصيل فيها؛ لأنه صار مقضيّا عليه فيها بالقضاء على كفيله، ولا يأخذه بالخمسمائة التي ادعى أنه كفيل بها؛ لأنه لم يصر مقضيّا عليه فيها بالقضاء على الأصيل على ما مر.

١٦٥٢٩- رجل ادعى على رجل أنك أمرتني أن أكفل عنك لفلان بألف، ففعلت، وقضيت عنك ألفًا كان لفلان عليك، وأنكر المدعى عليه ذلك، وأقام المدعي بينة على دعواه، فالقاضي يقضي للمدعي بالألف على المدعى عليه لثبوت الكفالة عنه بأمره بالبينة العادلة، وكان ذلك قضاء على الغائب بالقبض حتى لو حضر الغائب، وأنكر القبض، لم يحتج إلى إعادة البينة عليه؛ لأن المدعي ادعى لنفسه حق الرجوع على المكفول عنه، وذلك لا يكون إلا بعد إثبات الأداء إلى الغائب، فانتصب المدعي خصمًا عن الغائب، وتعدى القضاء إلى الغائب. وكذلك لو كان المكفول عنه مقرّا بالأمر إلا أنه جحد الأداء إلى الطالب، فأقام المدعي بينة على الأداء، كان الجواب كذلك، لما قلنا.

الفصل الحادى والعشرون
فى الكفالة بالأعيان

١٦٥٣٠- رجل ادعى عبداً فى يدى رجل، وأخذ كفيلا بنفس المدعى عليه وبنفس العبد، فمات العبد فى يدى المدعى عليه، ثم إن المدعى قدم المدعى عليه إلى القاضى، وأقام البينة أن العبد عبده، وعدّلت الشهود، فالقاضى يقضى له على المدعى عليه بقيمة العبد؛ لأنه ظهر أن العبد صار مضموناً على المدعى عليه بجحوده ومنعه إياه عن ملكه، وهلاك المضمون فى يد الضامن يوجب القيمة، قال: وإن شاء قضى بالقيمة على الكفيل، وكان ينبغى أن لا يقضى بالقيمة على الكفيل؛ لأن الكفالة إنما تصح مما هو مضمون على الأصيل وقت الكفالة، والمضمون على الأصيل وقت الكفالة إحضار العبد ليتمكن المدعى من إثبات حقه بالبينة، لا نفس العبد، فإن بجحوده[1] الدعوى لا يصير نفس العبد مضموناً، وإذا كان هكذا كان الكفيل كفيلا بإحضار العبد، لا بعين العبد، فكيف يجب عليه قيمته.

قلنا: المضمون على الأصيل وقت الكفالة شيئان: إحضار العبد على البتات[2]، وضمان نفس العبد على سبيل التوقف إلى أن يقيم المدعى البينة على ملك العبد، فإنه متى أقام البينة على ذلك يظهر أن العبد كان مضموناً عليه، فإذا كفل الكفيل بالعبد مطلقاً، صار كفيلا بإحضار العبد على سبيل البتات فى الحال، فصار كفيلا بنفس العبد على سبيل التوقف، فعند إقامة البينة ارتفع التوقف، وصار كفيلا بنفس العبد على سبيل البتات إذا ظهر أن العبد كان مضموناً، وأن الكفالة حصلت بالمغصوب، ومن كفل بالمغصوب عليه، رد القيمة عند هلاك العين، كذا ههنا.

ولو لم يكن للمدعى بينة، واستحلف القاضى المدعى عليه بطلب المدعى، فنكل قضى على المدعى عليه بقيمة العبد، ولا يجب ضمان القيمة على الكفيل؛ لأن أكثر ما

(١) وفى ف: "بمجرد".

(٢) هكذا فى ظ، وفى الأصل وف: "الثبات".

فيه أنه بالنكول صار مقرّا بالعبد للمدعى، إلا أن إقرار المدعى عليه بالعبد للمدعى بعد ما سبق الجحود لا يكون حجة فى حق الكفيل الا ترى ان المدعى عليه لو اقرصريحًا بالعبد للمدعى بعد ما سبق منه الجحود لا يلزم الكفيل ضمان القيمة فلا يظهر كون العبد مغصوبًا فى حق الكفيل بإقرار المدعى عليه، كذا ههنا.

١٦٥٣١- وفى "المنتقى" : رجل غصب عبد رجل وجحده، فادعاه المغصوب منه، وهو قائم بعينه، وأخذ كفيلا بالعبد، ثم مات العبد فى يد المدعى عليه، لا يلزم الكفيل شىء إلا أن يقيم المغصوب منه بينته، فيضمن الكفيل قيمته فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وكذلك الدابة والثوب والعرض، وأما الدراهم والدنانير وما يكال أو يوزن، فالمسألة فيها على ما وصفنا، فإنه يؤخذ بالكفالة للحال.

١٦٥٣٢- وفيه أيضًا: رواية مجهولة: رجل غصب عبد رجل أو طعامه، أو دراهمه، أو ما أشبه ذلك مما يستقرض، أو لا يستقرض وهو قائم بعينه، فكفل به كفيل، فعلى الكفيل أن يأتى به حتى يقيم المدعى بالبينة عليه.

١٦٥٣٣- ولو غصب عبد رجل واستهلكه، وطالبه صاحبه به، فضمن له رجل هذا العبد، فأراد الطالب أن يأخذ به لم يكن ذلك، حتى يقيم البينة أنه عبده، وكذلك كل ما لايستقرض، وإن ضمن قيمة ذلك للمغصوب منه، فله أن يأخذه به، ولا يكلفه إقامة البينة من قبل أنه دين ضمنه، وإن كان الأصل كيليًا أو وزنيًا مستهلكًا، فكفل به كفيل جاز، ولزمه ضمانه، ولايكلف المغصوب منه بينة، إذ الأصل له، هذا كدين ادعاه رجل على رجل، فضمن له رجل.

١٦٥٣٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: لو أن رجلا ذبح شاة لرجل، وأكلها، ثم ضمن رجل تلك الشاة، لم يكن عليه ضمان؛ لأنه ليس عليه شاة إنما عليه قيمته.

وكذلك لو أقرض رجلا شاة وقبضها واستهلكها، فضمنها رجل عنه، لم يلزمه الضمان؛ لأنه ليس عليه الشاة. وكذلك كل شىء لا يتعارضه[1] الناس فيما بينهم، فهو مثل الشاة، وهذا كله قياس قول أبى حنيفة.

---

(١) هكذا فى ظ، وفى الأصل وفى ف وم: "يتعارضه".

وقال أبو يوسف : إذا غصب رجل شاة، وذبحها، فضمنها له آخر عنه، فأبى، ألزمه الضمان، وادع القياس، وكذلك الحيوان كله، وكذلك لو غصب عبداً، ومات عبده، فضمنه رجل ضمنه إياه، قال : ألا ترى أنه لو أبرأه من عبده، برئ من قيمته، وألا ترى أن العبد عليه. وقال أبو يوسف : فى الغصب إذا قضى القاضى عليه بالقيمة، أو صالحه عليها، ثم ضمن له رجل بعد ذلك الشاة، لم يجز الضمان.

وكذلك لو أبرأ الطالب المطلوب من الشاة بعد ذلك لم تجز البراءة، قال فى الأصل : وإذا غصب رجل عبداً من رجل أو أمة، أو شيئًا من الحيوان، أو من العروض، فكفل به كفيل صحت الكفالة، ووجب على الكفيل رد عينه مادام قائمًا، ورد قيمته إن هلك، كما يجب على الأصيل رد عينه ما دام قائمًا، ورد قيمته إن هلك، والقول فى مقدار قيمته إذا وقع الاختلاف بين الطالب، والكفيل قول الكفيل[1] ؛ لأن الكفيل ينكر الزيادة، ألا ترى لو وقع هذا الاختلاف بين الطالب وبين الأصيل، كان القول قول الأصيل، لإنكاره الزيادة.

وإن أقر الغاصب بقيمة أكثر مما أقر به الكفيل، لزمه، ولم يلزم الكفيل ؛ لأن إقراره لايكون حجة على الكفيل، وإن قامت بينة على زيادة القيمة أخذ الكفيل بالزيادة؛ لأن البينة حجة عامة، ولم يذكر فى الكتاب أن الأصيل إذا حلف ونكل حتى لزمه الزيادة، هل تلزم الزيادة الكفيل؟ قالوا : ويجب أن تكون المسألة على التفصيل : إن سبق من الأصيل إقرار بخلافه، بأن قال : كانت قيمته خمسمائة، والمغصوب منه يقول : بل كانت قيمته ألفا، فاستحلف الأصيل، فأبى أن يحلف حتى لزمه الألف، لا يلزم الكفيل الألف، وإن لم يسبق منه إقرار بخلافه، بأن كان ساكتًا حين ادعى المغصوب منه أن قيمته ألف درهم، فاستحلف فأبى، فإنه يلزم الكفيل الألف ؛ لأن النكول بمنزلة البينة متى لم يسبق من الناكل إقرار بخلافه.

١٦٥٣٥- وإذا اشترى الرجل من آخر عبداً، وقبضه، فجاء رجل وادعاه، وأخذ بالعبد كفيلا، وأقام البينة أنه عبده، وقضى له بالعبد، فقال المدعى عليه والكفيل : مات العبد أو أبق، وقيمته كانت مائة، وقال المدعى لم يأبق العبد ولم يمت، بل هو حى

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م : "فالقول قول الكفيل".

حاضر، وقيمته ألف درهم، فالقول قول المدعى؛ لأنه متمسك بما هو الأصل، وما عرف ثبوته يبقى حتى يتبين خلافه، وإذا جُعل القول قول المدعى، حبس الكفيل حتى يأتى به كما يحبس الأصيل، ثم إذا حبسهما القاضى، فتعرف من الناس، فقالوا: إنه هلك أو أبق، أو أطال مدة الحبس بحيث وقع فى قلب القاضى أنه لو كان حيّا حاضراً ظاهراً كانا لا يتحملان مرارة الحبس إلى مثل هذه المدة، خلّى سبيلهما، وقضى القاضى بالقيمة، والقول فى مقدار القيمة قول الكفيل والغاصب، فإن كان مكان العبد جارية، وأخذ المالك القيمة بزعم الغاصب، ثم ظهرت الجارية، لا يسع للغاصب وطءها إلا أن يسلمها المغصوب منه؛ لأن المعاوضة الثابتة بينهما فى هذه الحالة معاوضة إكراه، ومن اشترى جارية أكره البائع على بيعها، لا يحل للمشترى وطءها ما لم يجز البائع البيع بعد الإكراه، كذا هنا.

ولو كان المالك أخذ القيمة بزعم نفسه، حل له وطءها، ولكن بعد أن يستبرئها بحيضة؛ لأن المعاوضة الثابتة فى هذه الحالة معاوضة طواعية، وهذا لأن المعاوضة بين الغاصب، وبين المغصوب منه إنما يثبت بالغصب، ويأخذ الضمان، والمالك مكرَهٌ فى الغصب طائع فى[1] أخذ الضمان، فكانت هذه المعاوضة معاوضة طائع نظراً إلى الضمان، ومعاوضة مكره نظراً إلى الغصب، والعمل بالأمرين متعذر فى كل حال، فاعتبر[2] بالطواعية متى أخذ المالك القيمة بزعم نفسه، واعتبر بالإكراه متى أخذ القيمة بزعم الغاصب توفيراً على الشبهين حظهما بقدر الإمكان.

١٦٥٣٦- عبد فى يدى رجل ادعاه رجل وأخذ كفيلا بالعبد وبالمدعى عليه ووكيلا بالخصومة فيه، ثم تغيب المطلوب، وغيب العبد، فإن الكفيل يحبس حتى يجىء بالعبد، ولم يقل: حتى يجىء بالعبد والمطلوب؛ لأنه لا حاجة إلى إحضار المطلوب؛ لأن المدعى متمكن من الخصومة مع الكفيل لكونه وكيلا فى الخصومة، ولو لم يكن الكفيل وكيلا بالخصومة، يحبس الكفيل حتى يجىء بهما؛ لأن الحاجة إلى إحضارهما فى هذه الصورة؛ لأن المدعى لا يمكنه الخصومة مع الكفيل، فإن ظهر المطلوب، وغيّب

---

(١) وفى الأصل: "لما".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف: "فاعتبرنا الطواعية".

العبد حبس الكفيل حتى يأتى بالعبد؛ لأنه لابد من حضرة العبد لسماع الدعوى والبينة، فإن قال المدعى : أنا آتى بالبينة أنه عبدى، يعنى بعد ما حضر العبد قبل ذلك منه، ويستحق عين العبد إن قدر عليه والقيمة إن لم يقدر عليه، فإن شهد شاهداه أن العبد الذى ضمن هذا الضامن هذا وأنه ملك هذا المدعى، قضى له بالعبد على الكفيل إن أتى بالعبد وقت القضاء، وإن لم يأتِ بالعبد وقت القضاء، قضى على الكفيل بقيمته، وهذا لأن العبد إذا كان مشاراً إليه وقت الشهادة حاضراً وقت القضاء، فالقضاء بعينه ممكن، فأما إذا لم يكن حاضراً وقت القضاء، فالقضاء بعينه غير ممكن، فيقضى بقيمته، ثم قال : إن لم يأتِ بالعبد وقت القضاء، يقضى بقيمته بعد أن يحلف المدعى بالله ما خرج عن ملكك بوجه من الوجوه، وإنما حلف المدعى على ذلك؛ لأن المدعى متى أخرج العبد عن ملكه بالإعتاق، أو بالبيع، أو بالهبة ممن هو فى يده يبرأ الكفيل عن الضمان، فيحلف بالله لهذا، فإن حلف حينئذٍ يقضى على الكفيل بالقيمة، ثم قال : يحلف المدعى، ولم يشترط طلب الكفيل ذلك.

قال شمس الأئمة السرخسى فى شرح هذا الكتاب : قيل : إنما يحلف المدعى إذا طلب الكفيل تحليفه، أما بدون طلبه لا يحلف، و قيل : لا، بل يحلف : وإن لم يطلب الكفيل ذلك، وذكر شيخ الإسلام[1] خواهرزاده : أن تحليف المدعى بدون طلب الكفيل قول أبى يوسف، أما على قول أبى حنيفة ومحمد : لا يحلف المدعى بدون طلب الكفيل، وجعل هذه المسألة فرعًا لمسألة أخرى أن المشترى إذا أقام البينة على العيب، وطلب من القاضى الرد، فالقاضى يرده بعد ما حلفه بالله ما رضيت، وإن لم يطلب البائع يمين المشترى، وعلى قول أبى حنيفة ومحمد : لا يحلف المشترى بدون طلب البائع، قال : ويجوز أن يكون المذكور هنا قول الكل.

الفرق لأبى حنيفة ومحمد بين الكفيل وبين البائع أن الكفيل متبرع، فيجوز أن يستحق زيادة نظر لكونه متبرعًا، فأما البائع فمعاوض ليس بمتبرع، فجاز أن يستحق هذا النوع من النظر بدون الطلب.

وإن شهد شاهداه أن العبد الذى يقال له : فلان الفلانى، وحلياه لهذا المدعى، لا

---

(١) وفى ف : شيخ الإسلام المعروف بـ" خواهر زاده ".

يقبل القاضي ذلك؛ لأن الاسم يوافق الاسم، والحلية توافق الحلية، فلا يصير العبد معلومًا بهذه الشهادة، فلا يقضي القاضي له بشيء إلا أن يشهدا بقيمته، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن العبد في المسألة الأولى مشار إليه وقت الشهادة، والإشارة من أبلغ أسباب الأعلام.

وإن مات الكفيل أخذ القاضي المدعى عليه إن ظهر العبد حتى يأتي به بعد أن يوافق حلية العبد شهادة الشهود، فإن لم يأت المولى بالعبد، خليت عنه، فلا يحبس المولى حتى يأتي به.

فرق بين المدعى عليه وبين الكفيل، فإن الكفيل يحبس إن لم يأتِ بالعبد، كما[1] وجب على الكفيل إحضار العبد، وجب على المدعى عليه إحضار العبد. والفرق: أن الإحضار إنما وجب على المدعى عليه بالدعوى، فلو حبساه متى لم يأت به حبساه بالدعوى، والحبس بمجرد الدعوى لا يجوز، وهذا لأن الدعوى خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لايصير سببًا لاستحقاق شيء، لكن أثبتنا استحقاق الإحضار لضرورة، ولا ضرورة في حق الحبس، أما الكفيل إنما وجب عليه الإحضار بعقد الكفالة، وعقد الكفالة عقد التزام، فظهر به الاستحقاق مطلقًا، فإذا لم يأتِ به مع القدرة عليه وجب الحبس للإتيان به، ألا ترى أن الكفيل إذا امتنع عن أداء المال بجنس، والمدعى عليه إذا امتنع عن الأداء قبل البينة لا يحبس، أو نقول: الكفيل التزم الإحضار بكفالته، فيحبس للإتيان بما التزم، أما المولى لم يلتزم شيئًا، فلهذا افترقا.

١٦٥٣٧- عبد في يدي رجل، ادعاه رجل، وكفل به كفيلان، فقبل أن يقيم المدعى بينة حبس الكفيلان لأحضار العبد، وبعد إقامة البينة وقضاء القاضي بالعبد للمدعى حبس الكفيلان أيضًا لأجل تسليم العبد، فإن قالا: قد مات العبد، أو أبق، وأقاما على ذلك بينة، أخرجا من الحبس؛ لأنهما حبسا لإحضار العبد وتسليمه، وبهذه البينة ثبت عجزهما عن ذلك، ولكن لايبرئهما عن الكفالة بعين العبد، أما إذا كان ذلك بعد إقامة المدعى البينة فلأن بعد إقامة المدعى البينة صارا ضامنين لقيمة العبد، وأما إذا كان قبل إقامة المدعى البينة فلأن بتلك الكفالة هما ضامنان قيمة العبد، إذا ثبت ملك

(١) هكذا في الأصل وفي وم وكان في ظ: "ومن أوجب".

المدعى فى العبد بإقامة البينة ، فإذا قضى القاضى بالعبد للمدعى ببينة أخذ من كل واحد من الكفيلين نصف قيمة العبد ، وإن لم يكن للمدعى بينة ، فلا شىء على الكفيلين إذا لم يظهر أنهما كفلا بعبد مغصوب ، ولا يحبسان أيضًا لما ذكرنا قبل هذا .

١٦٥٣٨- وإذا استودع رجل رجلا عبدًا ، وجحده المستودع ، وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد ، ثم مات العبد فى يد المستودع ، وأقام رب العبد بينة أنه أودعه عبدًا قيمته يوم الإيداع كذا ، ويوم الجحود كذا ، ويوم الكفالة كذا ، فالقاضى يقضى على المستودع بقيمته يوم الجحود ، وعلى الكفيل بقيمته يوم الكفالة ؛ لأن سبب الضمان فى حق المودع الجحود ، إذا علم قيمته يوم الجحود ، فتعتبر قيمته يوم الجحود ، وسبب الضمان فى حق الكفيل الكفالة ، فتعتبر قيمته فى حق الكفيل يوم الكفالة .

وإن قال شهوده : قيمته يوم الإيداع كذا ، ولا ندرى قيمته يوم الجحود ويوم الكفالة ، فإنه يقضى على المودع بقيمته يوم الإيداع ، وأما الكفيل : فإنما يقضى عليه بما يقرّ من قيمته يوم الكفالة ؛ لأنه بالكفالة يلزم الضمان ، والقول قول الإنسان فى مقدار اللزوم .

ولو كان العبد حين اختصموا فيه أعمى ، وجحده المستودع ، فيشهد الشهود أنه استودعه ، وهو صحيح يساوى ألف درهم ، فالقاضى يقضى على المودع بقيمته أعمى ؛ لأن القاضى عرفه أعمى وقت الجحود ، وعرف تغيّره عن القيمة التى شهد بها الشهود يوم الإيداع ، لا بالمعاينة ، ولا بالشهادة ، فجاز به القضاء بتلك القيمة .

أما ههنا : فبخلافه ، وكذلك لو لم يكن أعمى وقت الجحود ، ولكن اتضع السوق يوم اختصما ، وجحد المودع ، وقيمته يوم الجحود خمسمائة ، وعلم القاضى ذلك ، قضى القاضى على المودع بخمسمائة ، ولو لم يعلم القاضى ذلك ، ضمن المودع ألف درهم قيمته يوم الإيداع ، كما شهد به الشهود ، ولا يقبل من المودع بينة على اتّضاع السوق ، أقام البينة على اتّضاعه قبل الجحود ، أو بعد الجحود .

أما إذا أقام البينة على اتّضاعه بعد الجحود ؛ لأن العين دخل فى ضمانه بالجحود ، فلاينفعه اتّضاع السوق بعد ذلك ، وأما إذا أقام البينة على اتّضاعه قبل الجحود ، فلأنه متناقض فى الدعوى ، وأما إذا جحد الإيداع أصلا ، بأن قال : لم يؤدّ عنى قطّ ، وأما إذا

جحد الوديعة بأن قال : ليس لك عندى، قلت : إنه زعم أنه لا دويعة له عند يوم الجحود، ثم ادعى أنه كان، فصار متناقضًا .

قلنا : والتناقض يمنع صحة الدعوى والاستماع للبينة إلا بعد تقدّم دعوى صحيحة، قال محمد فى الكتاب : ألا يرى أن العبد لو مات، وعلم القاضى ذلك، ثم جحده المستودع بعد الموت أنه لا ضمان على المودع لأنه صادق فى جحوده، ولو لم يعلم القاضى ذلك، وشهد الشهود أنه مات بعد الجحود، وأطلقوا الشهادة، كان المودع ضامنًا، وإن شهدوا أنه مات قبل الجحود، فلا ضمان .

قال شيخ الإسلام فى شرحه : وما ذكر من الجواب فى مسألة الاستشهاد أن الشهود إذا شهدوا على الموت قبل الجحود، أنه لا ضمان، محمول على ما إذا أنكر المودع الوديعة دون الإيداع، بأن قال : ليس لك وديعة عندى، ولم يقل : لم تودعنى لأنه لا يصير متناقشًا فى هذه الدعوى ؛ لأنه حين جحد، لم يكن عنده وديعة .

أما إذا جحد الإيداع لم يقبل بينته، فلا يسقط الضمان، وإذا أقام البينة على الهلاك قبل الجحود ؛ لأنه متناقض فى هذه الدعوى، وقد مرّ هذه المسألة فى كتاب الوديعة، بخلاف ما إذا أقام البينة على اتّضاع السوق والعمى قبل الجحود، فإنه لا يقبل بينته جحد الوديعة أو الإيداع ؛ لأنه متناقض على كل حال على ما مرّ .

١٦٥٣٩- وإذا استعار دابّة إلى مكان معلوم، وجاوز ذلك المكان، فضمنها، وأعطى بها كفيلا، فهو جائز ؛ لأنه كفل بعين مضمون، وكذلك فى الإجارة إلى مكان معلوم مسمّى، إذا جاوز ذلك المكان ؛ لأن المستأجر بالمجاوزة عن المكان المسمّى، صار ضامنًا، والمودع إذا خان فى بعض الوديعة، وضمن له رجل بتلك الوديعة صحت الكفالة بقدر ما خان فيه .

١٦٥٤٠- وإذا اشترى من رجل عبدًا، ونقده الثمن، وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه إليه صح ؛ لأنه كفل بتسليم المبيع، وتسليم المبيع مستحق على البائع، وقد مرّ هذا فى أول هذا الكتاب، فإن هلك العبد فى يد البائع قبل التسليم، فقد برئ الكفيل ؛ لأن ذلك القدر صار مضمونًا عليه فى بطالة الكفالة بقدر ما لم يجب ؛ لأن ذلك القدر بقى أمانة، و لا يصير الكفيل كفيلا بالثمن، وإن وجب الثمن بدلا عن المبيع ؛ لأن الكفيل

بالشيء إنما يكون كفيلا ببدله، إذا كان البدل واجبًا بالسبب الذى وجب به ردّ العين، كما فى باب الغصب الكفيل بالمغصوب جعل كفيلا بقيمته؛ لأن قيمة المغصوب وجبت بالسبب الذى وجب رد العين، وهو الغصب، فأما رد الثمن على البائع، فليس يجب بالسبب الذى وجب تسليم المبيع؛ لأن تسليم المبيع يجب بالبيع، ورد الثمن يجب بسبب فسخ البيع بهذا الطريق. قلنا: إن الكفيل بالسلم[1] لايكون كفيلا برأس المال.

وكذلك لو كان ضمن الدرك فى العبد، ومات العبد قبل التسليم لا يؤاخذ الكفيل بشيء؛ لأن الدرك عبارة عن ضمان يجب على البائع بسبب الاستحقاق ورد الثمن فى هلاك العبد قبل التسليم، لا يجب بسبب الاستحقاق. وكذلك لو قبضه المشترى، ووجد به عيبًا فرده لا يؤاخذ الكفيل بالثمن، ولو لم يجد به عيبًا، ولكن استحق رجل نصف المبيع، ورد المشترى النصف الباقى لم يضمن الكفيل إلا نصف الثمن؛ لأن الدرك قد تحقق فى النصف المستحق، أما النصف الآخر فإنما رده المشترى بعيب الشركة، وأنه ليس بدرك.

١٦٥٤١- وإذا رهن الرجل من رجل متاعًا، وكفل له رجل بالرهن للراهن، وفى الرهن فضل على قيمته، فهلك المتاع عند المرتهن، فلا ضمان على الكفيل؛ لأن الكفالة لم تصح لا بما زاد على الدين، ولا بقدر الدين، وقد مرت المسألة فى صدر الكتاب. ولو كان ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه، وكان الرهن قيمته تسعمائة، والدين ألف كان الكفيل ضامنًا؛ لأنه كفل بالدين والكفالة بالدين جائزة.

١٦٥٤٢- وإذا كانت جارية بين رجلين، أخذها أحدهما بغير إذن صاحبه، فضمن رجل لصاحبه نصيبه منها صح الضمان؛ لأن نصيبه صار مضمونًا على الآخر متى أخذ بغير إذنه، والضمان بما هو مضمون على الأصيل جائز.

ولو أن رجلا رهن من آخر رهنًا، ثم إن الراهن استعار الرهن من المرتهن على أن أعطاه كفيلا به، فهلك الرهن فى يد الراهن كان خارجًا عن الرهن، ولا ضمان على الكفيل؛ لأن قبض الراهن متى كان بإذن المرتهن، لا يكون مضمونًا على الراهن.

ولو كان الراهن أخذه بغير إذن المرتهن، جاز ضمان الكفيل، وأخذ به؛ لأن

---

(١) وفى الأصل: "بالتسليم".

الراهن ضامن مالية العين فى هذه الصورة، ألا ترى لو هلك الرهن فى يد الراهن فى هذه الصورة، ضمن قيمته للمرتهن، فكان هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب.

١٦٥٤٣- ولو أن رجلا استقرض من رجل مالا على أن يعطيه به فلان عبده رهنًا، وكفل له بذلك الرهن كفيلا، فلا ضمان على الكفيل؛ لأنه لو باشر عقد الرهن، فقبل أن يسلمه إذا كفل عنه كفيل لم يصح؛ لأنه كفل بما هو غير[1] مضمون على الأصيل، فإن التسليم والعين كلاهما غير مضمون على الأصيل قبل قبض المرتهن، إن شاء سلم، وإن شاء لم يسلم، فإذا شرط الرهن ولم يباشره أولى.

١٦٥٤٤- وإذا تكارى من رجل عبدًا، أو دابة، وعجل له الأجر، وسلم، يقبض العبد، والدابة، وكفل له كفيل بتسليم العبد والدابة، صح؛ لأن التسليم مستحق على الأصيل، وإذا هلك العبد والدابة، فقد برئ الكفيل، ولا يصير كفيلا بالأجر، وقد مرت المسألة فى صدر الكتاب.

١٦٥٤٥- وإذا أوصى لرجل بأمة، وهى حبلى، وللآخر بما فى بطنها وهى تخرج من الثلث، فأخذ صاحب الولد عن صاحب الأمة كفيلا بما فى بطنها، لم تجز الكفالة، سواء أخذ صاحب الأمة الأمة برضى صاحب الولد أو بغير رضاه.

ولو أخذ صاحب الولد الجارية، وأعطى صاحب الجارية بها كفيلا، إن كان أخذها بإذن صاحب الجارية، لم تصح الكفالة؛ لأن الجارية لا تصير مضمونًا عليه فى الصورة، وإن كان أخذها بغير إذن صاحب الجارية، صحت الكفالة، ولو أوصى بخادمة لرجل، وبخدمتها لآخر، فإنها تكون عند صاحب الخدمة، فإن أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها لم تصح الكفالة، سواء أخذها صاحب الخدمة بإذنه، أو بغير إذنه؛ لأنها أمانة عند الموصى له بالخدمة، ولو أن صاحب الرقبة أخذ الجارية بغير إذن صاحب الخدمة، وأعطى صاحب الخدمة كفيلا بها حتى يسلمها إليه، صحت الكفالة؛ لأن ردها مستحقة على صاحب الخدمة، فإن ماتت الجارية، فقد برئ الكفيل؛ لأن الكفالة بالنفس قد انتهت. وكذلك لو كان مكان الوصية بالخدمة وصية بالغلة.

١٦٥٤٦- ولو أن رجلا باع من رجل دارًا أو عبدًا، أو أمة، وادعى رجل فيه

---

(١) وفى الأصل: "عنه".

دعوى، فأراد المشترى أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه، أو بما أدركه من درك، فإنه لا يجبر البائع عليه، أما بنفسه لأن المشترى لم يستحق على البائع حضوره ما لم يستحق الدار من يده، ولو أعطى مع ذلك كفيلا بنفسه لا يصح؛ لأن الكفالة حصلت بما ليست بمستحق على البائع، أما لا يجبر على إعطاء الكفيل بالدرك[1] فلأن الدرك لو تحقق، بأن استحق البيع لا يجبر البائع على إعطاء الكفيل بالثمن، فأن لا يجبر عليه، والدرك لم يتحقق أولى.

١٦٥٤٧- ولو أن رجلا من أهل الذمة ادعى على ذمى آخر خمراً بعينها، أو خنزيراً بعينه، فأخذ منه كفيلا من أهل الذمة جاز؛ لأن الذمى يجوز أن يلتزم تسليم [عين الخمر ومثلها وتسليم][2] عين الخنزير، وبدله ديناً فى الذمة بسائر العقود، فكذا بعقد الكفالة، وإن كفل له رجل مسلم، فإن كانت الكفالة بالخمر، لا تصح الكفالة، سواء كان الخمر قائمة بعينها أو كانت هالكة؛ لأنه يلزم تسليم عين الخمر أو تسليم مثلها، أو المسلم ممنوع عن ذلك.

وإن كان الكفالة بالخنزير إن كان قائماً بعينه لا يجوز، وإن كان هالكا جازت الكفالة؛ لأن الواجب بهلاك الخنزير القيمة، والقيمة دراهم أو دنانير، والمسلم من أهل التزام الدراهم والدنانير.

١٦٥٤٨- ولو أن رجلا تقبل من رجل بناء دار معلوم، أو كراب أرض معلوم، فأعطاه بذلك كفيلا، فقد ذكرنا هذه المسألة فى صدر الكتاب.

١٦٥٤٩- وإذا تكارى إبلا إلى بلدة من البلدان، أخذ بالمكارى كفيلا فقد مرت هذه المسألة فى صدر الكتاب أيضاً.

١٦٥٥٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل قال: دفعت إلى فلان عشرة أثواب، فقال له رجل: أنا ضامن لها، ولثمنها ألف درهم، فهذا جائز، قالوا: وهذا عندنا على أنه باعها فلان بألف درهم، فضمن له هذا الرجل أن يأتى بها أو بثمنها، فإن أتى بها لم يبرأ عن الضمان إلا أن يأتيه بها، فيردها عليه بحق، إما بخيار أو عيب،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان الأصل: "بالثمن".

(٢) زيد من ف.

فإذا ردها بأمر ينتقض به البيع بينه وبين فلان ، فهو بريء من الألف ، فإن جاء بها ، فقال : قد ناقضك فلان البيع ، أو قد ردها عليك بخيار شرط أو رؤية ، لم يكن ذلك شيئًا إلا أن يقول : وكلني فلان بردها عليك بذلك ، أو أرسلني إليك ، بأنه ناقضك البيع فيها ، وإذا ردها عليه على ذلك ، برئ من ضمان الألف ، فإن حضر المشترى ، فأنكر ذلك ، فله أن يأخذ الأثواب ، ويرجع الضمان على حاله . وروى هشام عن أبي يوسف : إذا ابتاع من رجل ثوبًا بعشرة دراهم ، وضمن إنسان للبائع الثوب أو عشرة دراهم ، فضمان الرجل باطل .

وفي "المنتقى" : رجل قال لغيره : دفعت إلى فلان عشرة أثواب ، فقال ذلك الغير : أنا ضامن لها ، أو الألف درهم ، فالضمان باطل ؛ لأن الدفع لا يوجب الضمان .

الفصل الثانى والعشرون
فى كفالة أهل الذمة

١٦٥٥١- يجب أن يُعلم بأن أهل الذمة وأهل الإسلام فى حكم الكفالة على السواء[1] ؛ لأنها من المعاملات، وأهل الذمة يساؤون أهل الإسلام فى المعاملات إلا فى الخمر والخنزير، وظاهر قوله عليه السلام: «الزعيم غارم»[2] يتناول الذمى كما يتناول المسلم.

١٦٥٥٢- وإذا كان لذمى خمر على ذمى من قرض أو غصب، وكفل به ذمى جاز، فإن أسلم أحدهما، فهذا على وجوه: إما أن أسلم الطالب، وفى هذا الوجه برئ الكفيل عن الخمر، وعن قيمتها عندهم جميعًا؛ لأن بالإسلام الطالب يبرأ المطلوب عن الخمر، وقيمتها؛ لأن المسلم لا يستوجب الخمر، ولا قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد، فكذا لا يبقى ما كان واجبًا له، فبرئ الأصيل بإسلامه، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

وأما إن أسلم المطلوب، وفى هذا الوجه برئ هو عن الخمر وقيمتها، وبرئ الكفيل ببراءته، وهذا قول أبى يوسف، وهو رواية عن أبى حنيفة، وقد روى عن محمد وزفر، وعاقبه القاضى عن أبى حنيفة: أن على المطلوب قيمة الخمر والكفيل على كفالته، وهو قول محمد لأن الإسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الحمر للذمى عليه

---

(١) هكذا فى ف، وكان فى الأصل وظ وم: "على سواء".

(٢) أخرجه أحمد فى "مسنده" ٥/ ٢٦٥ حديث (٢٢٣٤٩)، وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٨٠٤ حديث (٢٤٠٥) فى باب الكفالة، والبيهقى فى "الكبرى" ٦/ ٧٢ حديث (١١١٧٤) فى كتاب الضمان: باب وجوب الحق بالأمان، وذكره الشهاب فى "مسنده" معلقًا ١/ ٦٤، والديلمى فى "الفردوس" ٢/ ٢٩٨ حديث (٣٣٥٩)، وذكره ابن حجر فى "الفتح" ٢/ ٥٥٥، والذهبى فى "سير أعلام النبلاء ٨/ ٣٢٣، وابن عدى فى "الكامل" ١/ ٢٩٣-٣١٤، والعجلونى فى "كشف الخفاء" ٢/ ٤٥، وأحمد فى "العلل" و"معرفة الرجال" ٣/ ١٧، وابن حجر فى "الدراية" ٢/ ١٦٣، والزيلعى فى "نصب الراية" ٤/ ٥٧.

ابتداءً، ألا ترى أنه لو استهلك مسلم خمر ذمي، أو استقرض من ذمي خمر، أو استهلكه، فإنه يجب عليه قيمة الخمر، فبعد إسلامه تبقى القيمة واجبة عليه، وإذا لم يبرأ الأصيل لا يبرأ الكفيل.

وروى الحسن بن أبي مالك: أن أبا حنيفة أولا كان يقول بقول محمد، ثم رجع إلى قول أبي يوسف، وكان للطالب الخيار إن شاء اتبع المطلوب بقيمة الخمر، وإن شاء اتبع الكفيل بعين الخمر، فإن أدى المطلوب قيمة الخمر برئ الكفيل؛ لأن الأصيل قد برئ، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإن أدى الكفيل عن الخمر، رجع المطلوب بقيمة الخمر.

هذا تفريع قول محمد، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: لو استوفى الطالب القيمة من المطلوب بعد إسلامه لابد وأن يصير مملكا الخمر الذي في ذمة المطلوب من المطلوب، والمسلم ممنوع عن تملك الخمر، فيسقط الخمر أصلا، وأما إن أسلم الكفيل خاصة، ففي هذا الوجه سقط الخمر عن الكفيل لا إلى بدل في قول أبي حنيفة آخرًا، وهو قول أبي يوسف؛ لأنه مطلوب في حق الأصيل، وإسلام المطلوب عندهما يوجب سقوط الخمر أصلا، وبقي الخمر على الأصيل على حاله؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل.

وعند محمد: الطالب بالخيار، إن شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر، وإن شاء رجع على الأصيل بعين الخمر؛ لأن الكفيل مطلوب في حق الأصيل، وإسلام المطلوب عنده لايوجب براءته عن قيمة الخمر، فإن أدى الكفيل قيمة الخمر لا يرجع على الأصيل بشيء؛ لأنه طالب في حق الأصيل، وإسلام الطالب يوجب سقوط الخمر أصلا.

وإن أسلموا جميعًا سقط الخمر لا إلى بدل؛ لأن في إسلامه إسلام الطالب وزيادة، وكذلك إن أسلم الطالب والكفيل، أو أسلم الطالب والأصيل سقط الخمر لا إلى بدل، وإن أسلم الكفيل والأصيل، سقط الخمر لا إلى بدل عند أبي حنيفة آخرًا، وهو قول أبي يوسف.

وعند محمد: للطالب أن يطالب أيهما شاء بقيمة الخمر، وإذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأنه طالب في حقه، وإن كان الخمر من ثمن بيع، وأسلم الطالب أو المطلوب، فقد برئ الكفيل عن الخمر وقيمتها بالإجماع؛ لأن الإسلام

من أحد المتبايعين وَرَدَ، والحرام المملوك بالعقد غير مقبوض، فيلاقيه الإسلام بالرد؛ لأن للقبض شبهًا بالعقد، وإذا انفسخ العقد قبل القبض برئ المطلوب، وبراءة المطلوب توجب براءة الكفيل.

وإن أسلم الكفيل، فالطالب يطالب المطلوب بعين الخمر، ويبرأ الكفيل عن الخمر وقيمتها عند أبي حنيفة آخرًا، وهو قول أبي يوسف، وعلى قول محمد يتحوّل الخمر إلى القيمة فى حقه، وكان للطالب أن يطالب بقيمة الخمر، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه. وذكر شيخ الإسلام خواهرزاده فى شرحه أن محمدًا لم يذكر قوله فى هذه المسألة، وقد اختلف المشايخ على قوله، بعضهم قالوا: يبرأ عن الخمر وقيمتها، وبعضهم قالوا: لا يبرأ عن قيمة الخمر، ويكون الطالب بالخيار، إن شاء اتبع المطلوب بعين الخمر، وإن شاء اتبع الكفيل بقيمة الخمر، وإذا أدى الكفيل ذلك لا يرجع على المطلوب بشىء؛ لأنه بمنزلة المقرض فى حق المطلوب، وإسلام المقرض يوجب سقوط الخمر عن المستقرض أصلا.

وإن كان الخمر واجبًا بسبب السلم، ثم أسلم الطالب أو المطلوب بطل السلم؛ لأن الإسلام ورد، والحرام المملوك بعقد المعاوضة غير مقبوض، فيلاقيه بالرد. وإذا انفسخ السلم برئ الأصيل، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل. وإذا أسلم الكفيل برئ الكفيل بلاخلاف، أما عندهما فظاهر، وأما عند محمد فلأنه لا يمكن إيجاب قيمة الخمر ههنا؛ لأن الطالب يأخذها بجهة السلم، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز، فبقى الخمر للطالب قبل المطلوب على حاله؛ لأنه لم يجر بينهما ما يوجب بطلان عقد السلم، ولا البراءة عن المسلم فيه.

١٦٥٥٣- وإن كان الخمر واجبًا من جهة صداق امرأة تزوجها عليه، فلا يخلو إما أن كان الخمر عينًا أو دينًا، فإن كان عينًا، فإن أسلم الزوج فالمرأة بالخيار، إن شاء طالبت الزوج بتسليم عين الخمر، وإن شاءت طالبت الكفيل، عند أبى حنيفة؛ لأن من مذهب أبى حنيفة أن من تزوج امرأة على خمر أو خنزير بعينه، ثم أسلم أحدهما قبل القبض، فللمرأة عين الخمر والخنزير، وإذا لم يبرأ الزوج بإسلامه عن تسليم الخمر، كان لها أن تطالب الزوج بعين الخمر بحكم النكاح، وتطالب الكفيل بتسليم عين الخمر بحكم

الكفالة ، فإن أخذت من الزوج برئ الكفيل ، وإن أخذت من الكفيل ، لا يرجع على الزوج بشيء ؛ لأنه ما أدى من مال نفسه ، إنما أدى من مال الزوج ؛ لأن الكفالة حصلت بالعين .

وإن أسلمت المرأة ، فإن لها أن تطالب الزوج بقيمة الخمر والخنزير ، وليس لها مطالبة الكفيل ؛ لأنها لو طالبته بحكم الكفالة ، والكفيل مستقرض فى حق الطالب ، والطالب مستقرض ، وإسلام المقرض يوجب بطلان الخمر ، وإذا أسلم الكفيل ، فلها أن تطالب الزوج بعين الخمر ، وليس لها مطالبة الكفيل ، هذا كله بيان مذهب أبى حنيفة .

وأما بيان مذهب أبى يوسف فنقول : إذا أسلم أى هؤلاء الثلاثة ، برئ الكفيل ، أما إذا أسلم الزوج ، أو المرأة ، فلأن من مذهبه أنه إذا أسلم أحد الزوجين والخمر ليس بمقبوض أنه يجب مهر المثل ، والكفيل لم يكفل بمهر المثل ، إنما كفل بعين الخمر . وأما إذا أسلم الكفيل فلما ذكرنا أن الكفيل بمنزلة المستقرض ، وإسلام المستقرض يوجب البراءة عن الخمر والخنزير ، ولها أن تطالب الزوج بمهر المثل إذا أسلم أحدهما ، أو الكفيل ، لا بعين الخمر والخنزير .

وأما بيان مذهب محمد : فنقول من مذهب محمد : إنه إذا أسلم أحد الزوجين والخمر غير مقبوض أنه يجب قيمة الخمر ، فإن أسلم الزوج ، فلها أن تطالب الزوج بقيمة الخمر ، وإن شاءت طالبت الكفيل بعين الخمر ، فإن أخذت من الزوج قيمة الخنزير ، برئ الكفيل ، وإن أخذت من الكفيل عين الخمر ، فالكفيل لا برجع على الزوج ؛ لأنه أدى ما كفل به من مال الأصيل ؛ لأن الكفالة حصلت بالعين .

وإن أسلمت المرأة ، فلها أن تطالب الزوج بقيمة الخمر ، وليس لها مطالبة الكفيل ، وإن أسلم الكفيل ، فلها أن تطالب الزوج بعين الخمر إن شاءت ، وإن شاءت طالبت الكفيل بقيمة الخمر .

هذا إذا تزوجها على خمر بعينها ، وإن تزوجها على خمر بغير عينها ، فإن أسلم الزوج ، فعلى قول أبى حنيفة : لها أن تطالب الزوج بقيمة الخمر بناء على أن من مذهبه أن الذمى إذا تزوج ذمية على خمر بغير عينها ، ثم أسلم أحدهما يجب قيمة الخمر إن شاءت ، وإن شاءت طالبت الكفيل بعين الخمر ، فإن أخذت القيمة من الزوج برئ

الكفيل، وإن أخذت الخمر من الكفيل لا يرجع على الزوج بشيء، وإذا أسلمت المرأة، فلها مطالبة الزوج بقيمة الخمر، وليس لها مطالبة الكفيل، وإن أسلم الكفيل، فلها مطالبة الزوج بعين الخمر، وليس لها مطالبة الكفيل.

وأما على قول أبي يوسف : أسلم برئ الكفيل، وأما على قول محمد : إن أسلم الزوج، فلها أن تطالب الزوج بقيمة الخمر، وإن شاءت طالبت الكفيل بعين الخمر، فإن أخذت القيمة من الزوج برئ الكفيل، وإن أخذت عين الخمر من الكفيل، فالكفيل يرجع على الزوج بقيمة الخمر، وإن أسلمت المرأة، فلها مطالبة الزوج بقيمة الخمر، وليس لها مطالبة الكفيل، وإن أسلم الكفيل، فلها مطالبة الزوج بعين الخمر، وإن شاءت طالبت الكفيل بقيمة.

١٦٥٥٤- ولو أن ذميًا ادعى على ذمي خمرًا أو خنزيرًا، وكفل بنفس المدعى عليه مسلم، وجعله وكيلا في خصومته ضامنًا لما قضى له عليه، جازت الكفالة بالنفس، وجازت الوكالة أيضًا، إذ ليس في التوكيل بالخصومة تمليك الخمر وتملكها، فصح، ولكن يكره، فإن أقيم عليه البينة، وقضى بالخمر والخنزير، هل يلزم الكفيل ذلك؟ فهذا على وجهين : إما أن كفل به قبل هلاك الخمر والخنزير، وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء؛ لأنه لو لزمه، لزمه عين الخمر والخنزير؛ لأن الكفيل متحمل ما على الأصيل، والواجب على الأصيل قبل الهلاك الخمر، ولا يجوز أن يلتزم المسلم عين الخمر والخنزير، وإن كان كفل بعد هلاك الخمر والخنزير، ففي الخمر لا يلزمه شيء؛ لأنه لو لزمه، لزمه مثل الخمر؛ لأن الواجب على الأصيل مثل الخمر، وفي الخنزير، إن قضى القاضي على الأصيل بقيمته دراهم أو دنانير، لزم الكفيل ذلك؛ لأن الحق انتقل عن العين إلى الدراهم أو الدنانير بقضاء القاضي، فيصير الكفيل كفيلا بالدراهم والدنانير، وذلك جائز، وإن لم يقض القاضي عليه بالقيمة، فعلى قول أبي حنيفة : لا يلزم الكفيل شيء؛ لأن الحق لا ينتقل عن العين إلا بقضاء القاضي، فيصير كفيلا بالخنزير، وعلى قولهما : الحق ينتقل من العين إلى القيمة بنفس الاستهلاك، فيصير كفيلا بالقيمة، وذلك جائز.

الفصل الثالث والعشرون
فى اجتماع الكفلاء

١٦٥٥٥- رجل له على رجل ألف درهم من قرض أقرضه، أو من ثمن بيع باعه، وكفل له رجل بنصف المال، وكفل له رجل آخر بالنصف الآخر كفالتين متفرقتين، أو كفالة واحدة، فأدى الأصيل خمسمائة، ولم يقل شيئًا كان المؤدى عنهما. ولو قال: هذا مما كفل به فلان، فهو على ما قال، وكذلك إذا كان الألف متفرقا عليه فى الأصل، بأن كان من قرضين أو بيعين، أو كانا مالين وجبا بسببين مختلفين، بأن كان أحدهما من قرض، والآخر من ثمن بيع، وكفل أحد الكفيلين بأحد المالين، وكفل الكفيل الآخر بالمال الآخر، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال: هى من التى كفل بها فلان، فهو على ما قال؛ لأن التمليك صدر عنه، فيكون القول قوله فى بيان جهته إلا إذا لم يكن فيه فائدة، وله فيه فائدة، وهو الاحتراز عن مطالبة هذا الكفيل؛ لأن الناس يتفاوتون فى المطالبة. قال فى الكتاب: ألا ترى أنه لو كان بكل خمسمائة صك أو كان بكل خمسمائة رهن، فأدى خمسمائة، وقال: من هذا الصك، أو من هذا الرهن قبل قوله، فكذا هذا.

وكذا إذا كان بإحدى الخمسمائتين كفيل، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال: أديتها عن الكفالة، قبل قوله. وإذا وجب عليه الألف من بيع باعه، ثم إن صاحب المال أخّر نصف المال إلى سنة، أو وجب نصف الألف من الابتداء حالا، ووجب النصف الآخر من الابتداء مؤجلا إلى سنة، وكفل بكل نصف كفيل على حدة، ثم إن الأصيل أدى خمسمائة ولم يقل شيئًا، فهو عن الكفيل الذى كفل عن الحال؛ لأن أداءه عن الحال مستحق عليه فى الحال، وأداءه عن المؤجل غير مستحق عليه، وكان إيقاع المؤدى عن المستحق عليه أولى.

وإن قال: هى عن الكفيل الذى كفل عن المؤجل، قبل قوله؛ لأن التمليك صدر منه، وله فى هذا البيان فائدة، وهو الاحتراز عن مطالبة هذا الكفيل عند محل الأجل،

لكونه ألدّ خصومة.

١٦٥٥٦- رجلان اشتريا من رجل عبدًا بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بجميع المال، فهو جائز، وللطالب أن يطالب أيهما شاء بجميع المال، النصف بحكم الأصالة، والنصف بحكم الكفالة، فإذا أدى أحدهما شيئًا، وقال: هذا مما كفلت به عن صاحبى، لم يقبل قوله ما لم يجاوز المؤدى حصته حتى لا يرجع على صاحبه بشيء؛ لأن لصاحبه أن يقول: أداءك عنى بأمرى كأدائى بنفسى، فلى أن أجعل المؤدى عنك؛ لأنى كفيل عنك، وأرجع عليك، فلا يزال يدور هكذا، فلا فائدة فى قبول قوله: فلا يقبل قوله: ما لم يجاوز المؤدى حصته، فإذا جاوز المؤدى حصته كان المؤدى عن صاحبه؛ لأنه ليس لصاحبه أن يجعل المؤدى عن المؤدى؛ لأنه لم يبقَ على المؤدى دين لما أدى حصته نفسه.

١٦٥٥٧- وإذا كان على رجل ألف درهم، وكفل به كفيلان على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فإذا أدى أحدهما شيئًا وقال: هذا مما كفلت به عن صاحبى، لا يقبل قوله، ويكون المؤدى عنه وعن صاحبه؛ لأن قوله غير مفيد؛ لأن لصاحبه أن يقول: أداءك عنى وأنت كفيل عنى كأدائى بنفسى، فلئن كان لك أن تجعل المؤدى عنى وترجع به علىّ، فلى أن أجعل المؤدى عنك وأرجع به عليك. وإذا وجب على رجلين ألف درهم بالشراء، فكفل أحدهما عن صاحبه، ولم يكفل الآخر عنه، فأدى الكفيل شيئًا، وقال: هذا مما كفلت عن صاحبى، قبل قوله؛ لأن قوله مفيد، وليس لصاحبه أن يجعل المؤدى عنه ليرجع عليه؛ لأنه ليس بكفيل عنه، وكان قوله مفيدًا، فقبل قوله.

١٦٥٥٨- ورجلان اشتريا من رجل عبدًا بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، ثم إن البائع أخر عن أحد المشتريين ما عليه خاصة، ثم إن هذا الذى أخر عنه أدى نصف المال، وقال: هذا مما كفلت عن صاحبى، قبل قوله؛ لأن قوله مفيد، وليس لصاحبه أن يجعل المؤدى عنه ليرجع عليه؛ لأن ما عليه مؤجل، والكفيل بالمال المؤجل إذا أدى قبل حلول الأجل لا يرجع على الأصيل حتى يحل الأجل.

١٦٥٥٩- وفى "نوادر ابن سماعة": إذا كان على رجل ألف درهم من كفالة، وألف درهم من ثمن بيع، فجاء بألف، وقال: أؤدى هذا من الكفالة، وقال الطالب: لا

آخذ هذا إلا من جميع مالى عليك ، فإن له ذلك ويجعل القبض عن المالين ، ويرجع بما بقى على المكفول عنه ؛ لأن له حق المطالبة بالمالين جميعًا ، فكان له أن يقبض ما يقبض عنها ، وإن قبض الألف ، ولم يقل : شيئًا ، فللمطلوب أن يجعل المؤدى من أى المالين شاء ؛ لأن له فى التخصيص فائدة .

الفصل الرابع والعشرون
فى الرهن فى الكفالة

١٦٥٦٠- وإذا كفل الرجل عن رجل بمال أمره، ورهن المكفول عنه رهنًا فيه، فهو جائز؛ لأنه رهن بدين مؤجل؛ لأن بالكفالة وجب للكفيل على المكفول عنه دين، كما وجب للطالب على الكفيل، إلا أن ما للطالب على الكفيل حال، وما للكفيل على المكفول عنه مؤجل إلى أن يؤدى، وكان كالدين المؤجل من هذا الوجه، فإن هلك الرهن فى يد الكفيل صار مستوفيًا لما وجب له على المكفول عنه حكمًا لهلاك الرهن، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما لو استوفاه حقيقة.

١٦٥٦١- ولو أن رجلا كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهنًا، ولم يشترط ذلك على الطالب، ثم إن المكفول عنه أبى أن يدفع العبد، كان له ذلك؛ لأنه لو باشر عقد الرهن ثم أبى أن يسلم كان له ذلك؛ لأن الرهن لا يلزم فى حق الراهن إلا بعد القبض، فإذا أبى العقد، أولى أن يكون له ذلك، ولا يخير الكفيل بين أن يمضى فى الكفالة وبين أن يفسخ، وإن لم يسلم له شرط والكفالة مما يحتمل الفسخ بعد وقوعها؛ لأن هذا الشرط إنما جرى بين الكفيل وبين المكفول عنه، ولم يجر بينه وبين الطالب، فلو ثبت له الخيار إذا لم يسلم له شرطه ليثبت له هذا الخيار من جهة المكفول عنه، والمكفول عنه ليس له هذا الخيار، بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب، بأن قال للطالب: أكفل لك بهذا المال على أن يعطينى المطلوب بهذا المال عبده هذا رهنًا، فكفل على هذا الشرط، فأبى المطلوب أن يعطيه الرهن، فإن الكفيل يتخير بين أن يمضى فى الكفالة وبين أن يفسخها؛ لأن هناك يثبت له الخيار من جانب الطالب، وللطالب هذا الخيار، فإن له أن يبرئه، فتنفسخ الكفالة، وله أن لايبرئه، فتبقى الكفالة، فجاز أن يثبت للكفيل هذا الخيار من جهته.

وكذلك لو قال للطالب: أكفل لك بهذا المال على أن يعطينى المطلوب عبده هذا رهنًا بالمال، فإن لم يعطِنى، فأنا برىء من المال، فكفل بهذا الشرط، وأبى المطلوب أن

يعطيه الرهن، فإنه يبرأ عن الكفالة؛ لأن البراءة تثبت للكفيل من جهة الطالب، والطالب يملك إبراء الكفيل، والجواب فى شرط الكفالة كالجواب فى شرط الرهن.

إذا قال للمطلوب: أكفل عنك بهذا المال على أن تعطينى كفيلا بهذا المال، وكفل بهذا الشرط، وأبى المكفول عنه أن يعطيه كفيلا، لا يتخير الكفيل بين أن يمضى فى الكفالة، وبين أن يفسخها، ولو شرط على الطالب أنه إن لم يعطِنى كفيلا بالمال، فأنا برىء عن الكفالة، فلم يعطِهِ كفيلا، فهو برىء. ولو كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال، فهو جائز؛ لأنه شراء بالدين المؤجل، ويصير الكفيل مقضيًا لما عليه.

١٦٥٦٢- وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوافِ به إلى سنة فعليه المال الذى للطالب عليه، وذلك ألف درهم، ثم إن المكفول عنه أعطاه رهنًا بالمال قبل مضى السنة، فالرهن باطل؛ لأن المال لم يجب على الكفيل بعد؛ لأن الكفالة بالمال معلقة، ولم يوجد شرطها، والرهن إنما يصح بدين واجب بخلاف ما إذا كانت الكفالة بالمال مرسلة؛ لأن هناك الدين قد وجب على الكفيل إلا أن المطالبة قد تأخرت إلى وقت الأداء، فحصل الرهن بدين واجب مؤجل، وإنه جائز، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس بوجه من الوجوه؛ لأن الكفالة بالنفس مما لا يمكن استيفاءها من الرهن، والرهن بحق لا يمكن استيفاءه من الرهن باطل، ويكون الرهن أمانة عنده، ولا ينعقد رهن فاسد؛ لأنه لم يوجد شرائط الانعقاد؛ لأن من إحدى شرائط الانعقاد أن يكون الرهن حاصلا بحق يمكن استيفاءه من الرهن.

١٦٥٦٣- وإذا كفل الرجل عن رجل بمال لم يحل عليه بعد، وقال: إذا حل المال فهو علىّ، فأعطى المكفول عنه الكفيل رهنًا بالمال جاز؛ لأنه التزم المال بعقد الكفالة، وجعل مطالبة الطالب متأخرًا إلى ما بعد حلول الأجل، وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الأصيل، فلا يمنع وجوب أصل المال على الكفيل أيضًا.

١٦٥٦٤- ولو قال: إن تَوَى مالك على فلان، فهو علىّ، وأعطاه بذلك رهنًا لم يجز الرهن؛ لأن المال لم يجب بعد؛ لأنه علق التزام المال بالشرط، ولم يوجد الشرط. وكذلك إذا قال: إن مات ولم يوافِك المال فهو علىّ، وأعطاه المكفول عنه به رهنًا، فالرهن باطل؛ لأن المال لم يجب بعد، وإذا أخذ الكفيل بالدرك رهنًا، فالرهن باطل؛

لأن المال غير واجب قبل لحوق الدرك، فلا يصح الرهن به، ولا ضمان على المرتهن فيه؛ لأنه قبض بإذن صاحبه وكل ما أبطلنا فيه الرهن بالمال إذا بقى الرهن فى يدى الكفيل حتى حل عليه المال، وأخذ به فأراد الكفيل أن يمسك الرهن بذلك، ليس له ذلك؛ لأن أصل الرهن لم يكن صحيحًا، ولم يثبت بقبضه يد الاستيفاء، فلا يكون له أن يمسكه بعد ذلك.

١٦٥٦٥- ولو تكارى من رجل إبلا إلى مكة، وكفل عنه رجل بالأجر والحمولة، وأخذ الكفيل بذلك رهنًا، جاز أخذ الرهن بالأجر؛ لأن الأجر دين يمكن استيفاءه من الرهن، ولم يجز أخذ الرهن بالحمولة؛ لأنه لا يمكن استيفاءها من الرهن - والله أعلم- .

الفصل الخامس والعشرون
في رجوع الكفيل بعد الأداء في هبة صاحب[1] المال الحق عنه

١٦٥٦٦- ذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد: في رجل قال لرجلين: اضمنا عني لفلان ألف درهم على أن كل واحد منكما كفيل ضامن عن صاحبه، فضمناها عنه، ثم إن أحدهما أدى شيئًا فله أن يرجع ما ادعى على المكفول عنه، وإن شاء رجع بنصفه على المكفول عنه وبنصه على شريكه؛ لأنه كفيل بجميع المال النصف عن الأصيل بأمر الأصيل، والنصف عن صاحبه بأمر الأصيل لغيره بالكفالة، والكفالة متحمل عنه كالأمر بالكفالة عن نفسه، فكان لمؤدّ أن يرجع بجميع ما أدى على الأصيل، وإن شاء رجع بالنصف على الأصيل، وبالنصف على المكفول عنه؛ لأنه كفل عن الأصيل بالنصف، وعن صاحبه بالنصف، وكان له أن يجعل نصف المؤدى عن الأصيل، ونصفه عن صاحبه.

١٦٥٦٧- ولو أن رجلين ضمنا عن رجل ألف درهم لرجل بغير أمره على أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه، فأدى أحدهما نصفها، لم يكن له أن يرجع على صاحبه في الضمان بشيء حتى يؤدى أكثر من النصف، ويرجع عليه بالزيادة على النصف، وليس له أن يرجع على الأصيل؛ لأن تقدير هذه المسألة كأن كل واحد منهما ضمن للغريم خمسمائة على حدة، ثم إن كل واحد منهما ضمن عن صاحبه ما على صاحبه بأمره.

١٦٥٦٨- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: رجل له على رجل ألف درهم، وبها كفيل، ولرجل آخر على المديون ألف درهم أيضًا، مات الذى عليه الدين، ولم يترك إلا ألف درهم، فأخذها الغريمان بينهما نصفين، ثم إن الغريم الذى له كفيل أخذ من كفيله تمام حقه خمسمائة، لم يكن للكفيل أن يحاص[2] بما أدى أحد

---

(١) وفي ف: "صاحب حق المال عنه".

(٢) هكذا في ظ وم والأصل، وكان في ف: "يخاصم".

الغريمين من قبل أن الغريم الأول قد ضرب بهذه الألف مرة، فلا يضرب الكفيل بها مرة أخرى.

١٦٥٦٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف أيضًا: رجل ادعى على رجل ألف درهم، وضمنها رجل بأمر المدعى عليه، ودفعها الضامن إلى المدعى، ثم إن المدعى معى المدعى عليه تصادقا على أنه لم يكن عليه شىء، فالمدعى يدفع ما قبض إلى المدعى عليه، ثم الضامن يرجع بها على المدعى عليه.

١٦٥٧٠- وفى "المنتقى" رواية مجهولة: رجل باع من رجل عبدًا، وكفل له رجل بالثمن بأمره، فوهب البائع الثمن للكفيل، وقبضه الكفيل من المشترى، ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا، فرده على البائع، يرجع على البائع بالثمن، ولا سبيل لواحد منهما على الكفيل.

١٦٥٧١- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل كفل عن رجل بمال بغير أمره، ثم إن الطالب وهب المال من الكفيل، فإن للطالب أن يأخذ الذى عليه الأصل بالمال من قبل أن هبة المال من الكفيل بمنزلة الهبة من الأجنبى، فلا يجوز إلا أن يسلطه على قبضه.

١٦٥٧٢- وفى "المنتقى": رجل له على رجل ألف درهم فأمر الطالب المطلوب أن يضمن عنه لرجل ألفًا حالة أو إلى أجل، قال أبو يوسف: إن كانت الألف التى للآمر على المأمور حالة، وضمن المأمور عنه ألفًا إلى أجل، فللآمر أن يرجع عليه بألفه إن حلت، أو لم تحل، وإن كانت الألف التى للآمر مؤجلة فضمن عنه ألفًا مؤجلا إلى مثل ذلك الأجل، ثم حلت لم يكن له أن يأخذه بها، وكذلك إذا كانت له عنده وديعة، وأمره أن يضمن لغريمه عنه ألفًا ليس له أن يأخذه منه الوديعة.

١٦٥٧٣- وروى أبو سليمان عن أبى يوسف: فى رجل كفل بألف درهم عن رجل بألف درهم عن رجل بأمره، ثم إن الذى عليه الأصل أداها بمحضر من الكفيل، ثم جحد الطالب ذلك، ثم حلف، وأخذ من الكفيل، فللكفيل أن يرجع به على المكفول عنه؛ لأن دفعه لم يبرأه. ولو كان الكفيل هو الذى دفع بمحضر ممن عليه الأصل، ثم جحد الطالب القبض، وحلف وأخذ المال من الأصيل، فليس للكفيل أن يرجع بما أدى

على الأصيل ؛ لأنه لم يبرأ الأصيل بما أدى ، وقد أبطل القاضى أداء الكفيل .

١٦٥٧٤- وعن محمد : فى رجل قال لغيره : اقض هذا عنى ألف درهم التى هى له علىّ حتى أدفعها إليك ، فدفعها بمحضر من الآمر ، ولم يكن للآمر على المأمور شيء ، فجحد الطالب أن يكون قبضها وأخذها من الآمر ، لم يكن للدافع أن يرجع بها على الآمر ، وقال أبو يوسف : إذا لم يكن الدافع كفيلا يرجع على الآمر من قبل أنه وكيل ، وقال محمد : إذا كان القابض لايقبضها من شيء هو له ، وإنما يقبضها من المأمور للآمر ، وأقر الآمر أن المأمور قد دفع ، فإن المأمور يرجع على الآمر .

١٦٥٧٥- وفى "المنتقى" : الكفيل بالمال إذا ادعى الأداء ، وكذبه الطالب ، وصدق المكفول عنه الكفيل فى الأداء ، أو كذبه ، وأخذ الطالب من المكفول عنه مرة أخرى ، لم يرجع الكفيل على المكفول عنه . ولو أن صاحب الحق أخذ الحق من المطلوب ، ثم جحده ، فأخذه من الكفيل ، والكفيل ينكر أن صاحب الأصل قد أداها ، رجع الكفيل به على صاحب الأصل ، رواه الحسن عن أبى حنيفة ، وكذلك إذا كان أبرأ صاحب الأصل المديون وجحده .

١٦٥٧٦- رجل تكارى إبلا بغير أعيانها محامل وزوامل ، وأخذ بها كفيلا ، ثم غاب الحمال ، وحمل الكفيل ، فالكفيل يرجع على المكارى بأجر مثله يوم ضمن ، وكذلك فى الكفالة بالخياطة .

١٦٥٧٧- وإذا أحال الكفيل صاحب الحق بدينه ، وأبرأه صاحب الحق ، كان للمحيل وهو الكفيل أن يرجع على الذى عليه الأصل فى قول أبى يوسف ، وقال أبو حنيفة وزفر : ليس له أن يرجع عليه .

١٦٥٧٨- رجل له[1] على رجل ألف درهم ، فأمر رجلا حتى كفل بها عنه للطالب ، ثم قال الرجل : يعنى من عليه الأصل قال لرجل : اكفل بنفس هذا الكفيل ، ففعل ثم أخذ الطالب الكفيل بالنفس ، لم يكن للكفيل بالنفس على الذى أمره بذلك سبيل . ولو كان أمر رجلا حتى كفل عن الكفيل بالمال ، ثم إن الطالب أخذ الكفيل

---

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : "رجل ادعى على رجل" .

الثانى، وأخذ منه المال، كان له أن يرجع على الذى أمره بذلك، هكذا ذكر المسألة في "المنتقى"، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى باب الأمر بالضمان إذا أمر الرجل رجلا أن يكفل عن فلان فكفل وأدى، لايرجع على الآمر -والله أعلم- .

الفصل السادس والعشرون
فى الأمر بقضاء الدين وفى الأمر بنقد المال وإعطاءه بشرط الضمان وما يتصل به

١٦٥٧٩- إذا قال الرجل لغيره : اقض عن دينى فقضاه، رجع عليه، وإن لم يقل : على أنى ضامن، وكذلك إذا قال : اقض ما لفلان علىّ فقضاه رجع عليه وإن لم يقل : على أنى ضامن.

١٦٥٨٠- وإذا قال الرجل لآخر : انقد فلانًا عنى ألف درهم، أو انقد فلانًا الألف التى له علىّ، أو اقض فلانًا عنى ألف درهم، أو اقض فلانًا الألف التى له علىّ، أو قال : ادفع فلانًا عنى ألف درهم، أو قال : ادفع فلانًا الألف التى له على، أو قال : أعط فلانًا عنى ألف درهم، أو قال : أعطه الألف التى له علىّ، فإن هذا كله إقرار من الآمر بالدين فى الفصول كلها. وإذا قضى المأمور كان له أن يرجع بما قضى على الآمر عندهم جميعًا، أما أن يكون هذا إقرار من الآمر بالدين؛ لأن فى بعضها إقرار بالدين نصّا، فإنه قال فى بعض هذه الفصول : الألف التى له علىّ، وفى بعضها إقرار بالدين اقتضاء؛ لأنه قال : علىّ، ولن يتصور أن يكون قاضيًا عنه وناقدًا عنه إلا بعد أن يكون عليه دين، فصار مقرّا بالدين فى بعض هذه الفصول نصّا، وفى بعضها اقتضاء، فإذا قضى المأمور كان له أن يرجع بما قضى على الآمر؛ لأنه قضى دينًا وجب على الآمر بأمره، فكان له الرجوع بما قضى على الآمر.

فرق بين هذا وبينما إذا قال لآخر : أدِّ عنى زكاة مالى، أو أطعم عنى عشرة مساكين، فأدى، فإنه لا يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان، فيقول : على أنى لك ضامن، وهناك يرجع المأمور على الآمر بما قضى شرط له فى ذلك ضمانًا أو لم يشترط، والوجه فى ذلك أن الآمر طلب التمليك من المأمور فى الفصول كلها، أمره بأن يقضى عنه، ويؤدى عنه، وأن يكون قاضيًا عنه إلا بعد أن يصير المقضى به ملكًا للآمر إلا أن الملك للآمر إنما يثبت فى ضمن ملك القابض؛ لأن الأمر بالتمليك من الآمر إنما يثبت فى

ضمن الآمر بالتمليك من القابض عنه، فينظر إلى ملك القابض، فمتى ثبت للقاضى ملك مضمون بالمثل ثبت للآمر مثل ذلك، وإذا ثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، ثبت للآمر مثل ذلك، وفى قضاء الدين إنما ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل، ثبت للآمر مثل ذلك، وفى قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنه يملكه بالمثل، حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض، فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل، وليس ذلك إلا القرض، وفى باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى إذا ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد من الفقر ما قبض، فيثبت للقابض مثل ذلك، فإذا ثبت الملك للآمر فى الموضعين جميعًا مثل ما ثبت للقابض. ثم قال فى الكتاب: فهذا كله باب واحد إذا سمّى المال أو لم يسم المال، فذلك يكون إقرارًا بالدين، وإذا قضى المأمور رجع بما قضى على الآمر، إلا أنه متى لم يسمّ الآمر المال حتى اختلفا فى مقدار الدين، كان القول قول الآمر حتى إذا قال الآمر: كان دينى درهم أو فلس كان القول قوله. وإذا سمّى الآمر المال، رجع المأمور عليه بجميع المسمى؛ لأنه لم يسم المال، فقد أقر بأصل الدين، ولم يقر بالمقدار، فيكون القول قوله فى المقدار، وإذا سمّى المال، فقد أقر بالدين وبالمقدار جميعًا. وكذلك لو قال: أنقد عنى ألف درهم على أنى بها ضامن؛ لأنه لو لم يقل: على أنى ضامن كان مقرًّا بالدين، وكان للمأمور أن يرجع بما قضى على الآمر، فإذا قال: على أنى ضامن لها أولى، وكذا إذا قال: على أنى لها كفيل؛ لأن الكفيل والضمين سواء.

وكذلك لو قال: على أنها لك عندى، وإن كانت "عند" تستعمل فى الأمانات؛ لأن العمل بحقيقته متعذر؛ لأن ما يؤديه المأمور، يصير قرضًا له على الآمر، والقرض مضمون على المستقرض، فلا يمكننا أن نعتبر أمانة، فتجعل كلمة عند بمعنى على؛ لأنها من حروف الصلاة يتعاقب بعضها بعضًا متى تعذر العمل بحقية كل لفظ.

وكذلك لو أن الدافع نقده بها مائة دينار، يرجع بها على الآمر؛ لأنه أوفاه ألف درهم بالمقاصة؛ لأنه لما ملك الطالب مائة دينار بألف درهم، فصار ألف درهم دينًا له على الطالب، ثم جعلها قصاصًا بالألف التى للطالب على المطلوب، فصار المأمور قاضيًا ما على الآمر بطريق المقاصة، فيعتبر بما لو أوفاه باليد، ولو أوفاه ألف درهم باليد، رجع بها على الآمر، فكذا إذا أوفاه بالمقاصة، وكذلك إن باعه بها خادمًا أو عبدًا

أو عرضًا من العروض يرجع بها على الآمر .

١٦٥٨١- وفى "نوادر هشام" عن محمد : رجل دفع إلى رجل ألف درهم ، وأمره أن يعطيها غريمه ، فأعطاه المأمور غيرها من عنده ، أو باعه بها ثوبًا ، أو كان للمأمور على الغريم ألف درهم ، فجعلها قصاصًا منها ، فهذا كله جائز ، قال هشام : يعنى لا يكون متطوعًا فيما أدى .

قال محمد : وإن دفع إليه غلامًا ، وقال : بعه وأعطه فلانًا ثمنه قضاء مما له على ، فأعطاه من عنده مثل ثمن العبد قبل أن يبيعه قضاء مما له على رب الغلام ، فهذا متطوع فى هذا .

هذا التفريع من "المنتقى" : وأما إذا قال : ادفع فلانًا ألف درهم قضاء له ، ولم يقل : عنى ، أو قال : اقض فلانًا ألف درهم ، ولم يقل : عنى ، ولا قال : على أنى ضامن لها على أنى كفيل بها على أنها لك علىّ ، فدفعها المأمور إلى فلان ، فإن كان المأمور شريكًا للآمر ، أو كان خليطًا له ، وتفسير الخليط أن يكون المأمور فى السوق بينهما أخذ وإعطاء ، أو بينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله ، أو وكيله يبيع منه أو يقرض منه ، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع ؛ لأن الضمان فى الخليطين مشروط على الآمر عرفًا ؛ لأن العرف فيما بين الناس أنه إذا كان بين اثنين شركة أخذ وإعطاء ، إذا أمر أحدهما صاحبه بدفع ماله إلى غيره ، فإنما يأمر ليكون المدفوع قرضًا على الآمر والمعروف كالمشروط .

وكذلك إذا كان المأمور بعض من فى عيال الآمر ، أو كان المأمور يعول[1] الآمر ، يرجع على الآمر بالإجماع ، وإن لم يقل : على أنى ضامن اعتبارًا للعرف ، وإن لم يوجد شىء من هذه الأشياء الثلاثة ، فالمأمور لا يرجع على الآمر عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف : يرجع[2] ، قالا : قوله : اقض فلانًا ادفع فلانًا ألف درهم قضاءً كلام محتمل يحتمل عنى ، وعلى هذا التقدير يثبت له حق الرجوع على الآمر ، ويحتمل عنك وعن أجنبى ، وعلى هذا التقدير لا يثبت له حق الرجوع على الآمر ، فلا يثبت له حق

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : "يعزل" .

(٢) وفى ف : "يرجع فيهما" .

الرجوع بالشك إلا أن في الخليطين ترجح قوله عني بحكم العرف، ولا عرف في حق غير الخليطين، فبقي الكلام محتمل احتمالا على السواء.

١٦٥٨٢- ولو قال لغيره: أنفق عليّ، فأنفق رجع على الآمر، وإن لم يشترط الرجوع والضمان، في أول لقيط شمس الأئمة السرخسي، وكذلك إذا قال: أنفق على أولادي، فأنفق، كان له الرجوع، وإن لم يشترط الرجوع في كتاب النفقات[1] في باب نفقة ذوي الأرحام. وذكر الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني في شرح كتاب الأقضية: أن الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة لا يوجب الرجوع إلا بالشرط إلا رواية عن أبي يوسف.

١٦٥٨٣- قال محمد في "الجامع": إذا قال لغيره: ادفع إلى فلان ألف درهم، أو قال: أعط فلانًا ألف درهم على أني ضامن لها، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذه المقالة، فدفع المأمور إلى فلان ألف درهم، فالألف قرض للدافع على الآمر، فإذا قبضها تكون أمانة عند الوكيل، إن هلكت في يده، فلا ضمان، وإن أتلفها كان عليه الضمان، وليس للمأمور أن يأخذها من القابض، وللآمر أن يأخذها بعينها من القابض؛ لأن شرط الضمان لا يخلو من أحد وجهين: إما التحمل بطريق الكفالة، وهو المعهود من لفظ الضمان، وإما جهة الأصالة بالاستقراض، والأول لا وجه إليه؛ لأن شرط الضمان بطريق التحمل أن يكون الضمان ثابتًا في حق الأصيل، ولا ضمان على المدفوع إليه هذا ليتحمله الأمر بالكفالة، فتعتبر جهة الأصالة بالاستقراض، وصار المدفوع إليه وكيلا عن الآمر بالقبض، كأنّ الآمر قال للدافع: اقرضني ألف درهم، وادفعها إلى فلان فإني قد وكلته بقبضها، فإذا قبضها صار قرضًا على الآمر وديعة عند الوكيل، وهو القابض إن هلك في يده لا شيء عليه، لكونه أمينًا، وإن أتلفه كان عليه الضمان، وإنما شرط في الكتاب أن يكون المدفوع إليه حاضراً يسمع الكلام؛ لأن المدفوع إليه يصير وكيلا عن الآمر بالقبض، والتوكيل لا يصح قبل علم الوكيل، فيشترط حضرته، وسماعه ليصير وكيلا.

١٦٥٨٤- ولو قال الآمر: اقرض هذا الرجل ألف درهم على أني ضامن لها،

---

(١) هكذا في ظ ف م، وكان في الأصل: "في كتاب المنتقى في باب نفقة ذوي الأرحام".

والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام، ففعل، فإن المأمور يأخذ ماله من أيهما شاء، ويكون المال قرضًا على القابض والآمر كفيله؛ لأنه لما أضاف القرض إلى المدفوع إليه هنا، ثم ذكر ضمان نفسه أمكن حمل لفظ الضمان على ما هو المعهود من هذا اللفظ، وهو الكفالة لوجود شرطه، وهو كون العين مضمونًا على المكفول عنه، فإن المستقرض مضمون على المستقرض، فحمل على الكفالة. واستشهد محمد فى الكتاب، فقال: ألا ترى أن رجلا لو قال لخليط له: ادفع إلى فلان ألف درهم، أو قال: أعطِ فلانًا ألف درهم، ففعل، فهو على فلان، وغرضه من هذا الاستشهاد الفرق بين لفظة القرض وبين لفظة الدفع والإعطاء.

١٦٥٨٥- وإذا قال لغيره: أعطِ فلانًا ألف درهم، أو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أنى ضامن لك عنه بهذه الألف، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام، ففعل، فالألف قرض للمأمور على القابض، والآمر ضامن لها عنه يأخذ أيهما شاء.

فرق بين هذا وبينما إذا قال: على أنى ضامن لها ولم يقل: عنه، والفرق: أنه لما قال: على أنى ضامن عنه، فقد نص على أن القابض مكفول عنه، وإنما يصير القابض مكفولا عنه إذا صار القابض مستقرضًا، فصار تقدير ما قال: أقرض فلانًا ألف درهم على أنى ضامن عنه، فأما إذا قال: على أنى ضامن لها، ولم يقل عنه، لم يجعل الآمر القابض مكفولا عنه، وتعذر أن يجعل الآمر ضامنًا له بحكم الكفالة، فجعل ضامنًا له بحكم القرض احتيالا للصحة.

١٦٥٨٦- ولو قال: إن القابض هو الذى خاطب الدافع، فقال: أعطنى ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها، فقال فلان: نعم، فدفع الألف على أن فلانًا ضامن لها، فإن الألف قرض للمأمور على القابض، وفلان كفيلا بها عنه.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان الآمر هو الذى يلى المخاطبة والقابض ساكت، والفرق أن المخاطبة متى كانت من القابض، فقد جرى بين القابض، وبين الدافع ما هو سبب الضمان، وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه بدليل أن القابض لو لم يشترط ضمان غيره، فدفع كان مضمونًا عليه، فإذا شرط القابض ضمان آخر، كان هذا ضمان كفالة؛ لأنه ضمان طرأ على ضمان ثابت على غيره، وهو حد الكفالة، وصار تقدير ما

قال القابض : أقرضني ألف درهم على أن فلانًا ضامن بها ، فأما إذا كانت المخاطبة من الآمر ، لم تجر بين القابض والدافع سبب الضمان بدليل أنه لما لم يقل الآمر : على أني ضامن لها ، واقتصر على الأول ، ودفع إليه الألف ، كان القابض أمينًا لا ضمينًا ، وكان هذا من الآمر مشورة أن يدفع إليه ألف درهم وديعة ، فإذا لم يجر بينهما سبب ضمان تعذر أن يجعل هذا عن الآمر ضمانًا بحكم الكفالة على ما مر ، فجعل استقراضًا .

١٦٥٨٧- وإذا قال : أعط فلانًا ألف درهم على أني ضامن لها ، فقال فلان : نعم ، ففعل ، فالقرض على القابض ، والآمر كفيله ؛ لأن قول فلان : "نعم" جواب ، والجواب يتضمن إعادة الكلام ، فصار كأن فلانًا قال : نعم أعطني ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها ، ولو نص على هذا كانت هذه المسألة عين المسألة المتقدمة .

وإذا قال لغيره : هب لفلان ألف درهم على أني ضامن لها ، أو قال : تصدق بها على فلان على أني ضامن لها ، ففعل المأمور ذلك ، وقبضها الموهوب له منه ، كانت الهبة جائزة ، والآمر ضامن للدافع ، ويكون الواهب في الحقيقة الآمر دون المأمور ، وحتى كان للآمر أن يرجع في الهبة ، ولا يكون للمأمور ذلك ، وهذا لأنه تعذر تصحيح هذا الضمان من الآمر بحكم الكفالة عن القابض ، إذ لا ضمان على الموهوب له ، ولا على المتصدق عليه ، فجعل الآمر ضامنًا بحكم القرض جاعلا للمأمور وكيلا عن نفسه بالهبة والصدقة ، وجاعلا للقابض وكيلا عن نفسه في ابتداء قبضه حتى يتم قرضه ، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم الهبة ، وصار تقدير المسألة كأن الآمر قال لذلك الرجل : أقرضني ألف درهم ، ثم كن وكيلي بالهبة من فلان ، ولو نص على هذا كان الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك .

١٦٥٨٨- وإذا قال الرجل لغيره : هب لي ألفًا على أن فلانًا ضامن لها ، وفلان حاضر ، فقال : نعم ، ثم وهبه المأمور ألف درهم ، فالهبة من الضامن ، ويكون المال قرضًا للدافع على الضامن ؛ لأن قول القابض هبه لي تنصيص على أن لا ضمان عليه لأحد في المقبوض ، فلايمكن أن يجعل قوله على أن فلانًا ضامن لها اشتراطًا للضمان بحكم الكفالة ، فجعل ذلك ضمانًا بحكم القرض ، وصار فلان بقوله : "نعم" مستقرضًا الألف من الدافع جاعلا الدافع وكيلا عن نفسه في الهبة من القابض احتيالا للصحة .

١٦٥٨٩- قال محمد فى "الجامع": رجل له على رجل ألف درهم دين، فأمر الغريم رجلا أن يقضى صاحب المال ماله، فقال المأمور: قد قضيت صاحب المال ماله، فأنا أرجع بذلك المال عليه، وصدّقه الغريم فى ذلك، وقال صاحب المال: ما قبضت شيئًا، فالقول قول صاحب المال مع يمينه لإنكاره القبض، ولا يرجع المأمور على الآمر بشىء، وإن صدقه الآمر؛ لأن المأمور بقضاء الدين بمنزلة الوكيل بالشراء، فإن الآمر أمره أن يشترى[1] ما فى ذمته من صاحب الدين، وينقد الثمن من مال نفسه، وكان ما يستحق المأمور على الآمر بدل ما يسلم له مما فى ذمته، ولم يسلم له ما فى ذمته هنا، وكان له أن لا يعطيه بدله، كمن اشترى من آخر عبدًا، ولم ينقد الثمن حتى أبق العبد من يده، كان له أن لا يعطى الثمن، كذا هنا.

وكذلك الكفيل على هذا يريد به لو كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قضيت صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه بذلك، وكذبه صاحب المال، وحلف، وأخذ ماله من المكفول عنه، لم يرجع الكفيل على المكفول عنه، لما قلنا.

ولو أن الآمر جحد القضاء أيضًا، فأقام المأمور بينة أنه قضاه صاحب المال، رجع المأمور على الآمر، وتقبل هذه البينة على الطالب أيضًا، وإن كان الطالب غائبًا إذا كان الآمر حاضرًا، وينتصب الآمر خصمًا عن الطالب.

ولو أن الآمر قال للمأمور: إن لفلان علىّ ألف درهم، فبعه عبدك بها، كان هذا جائزًا؛ لأن العقد لا يتعلق بذلك الدين، وإنما يتعلق بمثله دينًا فى الذمة، فيصير كأنه قال للمأمور: بعه بمثل ذلك الدين، ثم اجعل ثمنه قصاصًا بماله علىّ من الدين، فإن كان باع العبد بها، ثم اختلفا فقال صاحب المال: باعنى إلا أنى لم أقبض العبد حتى هلك فى يده، وقال الآمر والبائع: لا، بل قبضته، فالقول قول صاحب المال مع يمينه، لإنكاره القبض، فإذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض، وذلك يوجب انفساخ العقد من الأصل، فبطل به حكم المقاصة، وكان لصاحب المال أن يرجع على غريمه وهو الآمر، ولا يرجع المأمور على الآمر، وإن صدقه، لما مر. وإن جحد الآمر قبض الطالب، فأقام

---

(١) وفى ف: "يشترى له".

المأمور بينة على الآمر على قبض الطالب، قبلت بينته، ويكون هذا قضاء على الغائب لما قلنا.

١٦٥٩٠- ولو كان الآمر قال له: صالح فلانًا من الألف التي له على عبدك هذا، فصالحه، فقال الطالب: لم أقبض العبد، وقال صاحب العبد: لا، بل قبض، وأقام صاحب العبد بينة على أنه قبض، فهذا والأول سواء، إلا أن ههنا صاحب العبد يرجع على الآمر بقيمة العبد، وفي فصل البيع يرجع بالدين.

والفرق: أن الصلح حصل بالعبد لا ببدله؛ لأن الصلح إذا أضيف إلى دين يتعلق بعينه لا بمثله، ولهذا لو صالحه على دين، ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه الدين يبطل الصلح.

وإذا وقع الصلح بعين العبد، وصار الآمر مستقرضًا العبد من صاحبه، واستقراض العبد يوجب القيمة، وأما البيع إذا أضيف إلى دين لا يتعلق بعينه، فإنما يتعلق بمثله دينًا في الذمة، ألا ترى أنه إذا باعه شيئًا بدين له عليه، ثم تصادقا أنه لا دين لا يبطل البيع، ولما كان هكذا صار المأمور قاضيًا دين الآمر من ثمن العبد كأنه باع العبد بألف درهم، ثم جعل ذلك قصاصًا بما على الآمر، ولو كان هكذا رجع على الآمر بثمنه، وهو مثل الدين بخلاف مسألة الصلح على ما مر.

١٦٥٩١- رجل أودع رجلا ألف درهم، وعلى المودع ألف درهم دين لرجل آخر، فسأل المودع رب الوديعة في أن يأذن له حتى يقضي دينه من الوديعة، فأذن له في ذلك، فقال المودع: قد قبضه وصدقه صاحب الوديعة، وكذبه رب الدين، فالقول قول رب الدين، لإنكاره القبض، وله أن يرجع على المودع بحقه، ويرجع رب الوديعة على المودع بضمان ماله مع أن القضاء لم يثبت لما أنكر صاحب المال القضاء بخلاف ما تقدم من أمر المديون رجلا حتى يقضي دينه من ماله إذا قال المأمور: قضيت وصدّقه المديون، وكذبه الطالب وحلف، فإن هناك المأمور لا يرجع على الآمر؛ لما لم يثبت القضاء.

والفرق: أن المودع أقر بسبب الضمان، وهو دفع الوديعة إلى غير صاحبها، فإن دفع مال الغير إلى الغير سبب الضمان، وإنما يخرج من أن يكون سبب[1] الضمان إذا

(١) وفي الأصل: "بسبب".

صرفها إلى غير صاحبها بإذن صاحبها، فالإذن كان بجهة القضاء، فإذا لم يثبت القضاء، صار مضيع الأمانة، فصار ضامنًا، فأما فيما تقدم رجع المأمور على الآمر بحكم قضاء دينه بأمره، ولم يثبت القضاء، فلم يثبت له حق الرجوع.

وكذلك إذا كانت الوديعة عبدًا، فأذن صاحب العبد المودع حتى يصالح رب الدين على هذا العبد، وقد سأله المودع ذلك، فقال المودع للطالب: قد صالحتك على العبد وقبضته، وأنكر الطالب ذلك، فالقول قول الطالب لما قلنا، ويرجع الطالب على المديون بدينه، ويرجع الآمر على المأمور بقيمة العبد، وإنما يرجع صاحب العبد على المودع بقيمة العبد هناك؛ لأن العبد ليس من ذوات الأمثال، ولا كذلك فصل الدراهم.

ولو لم يأمره بالصلح، ولكن أمره بالبيع، فقال المأمور: بعته وسلمته، وقال الطالب: ما قبضته، وقد هلك العبد، وصدق صاحب العبد المودع، فالقول قول الطالب، ويرجع بماله على المأمور، ولا يرجع صاحب الوديعة على المودع بشيء بخلاف مسألة الصلح.

والفرق ما ذكر أن في الصلح تقع المقاصة بعين العبد وصاحب العبد أمره بالدفع على وجه يقع به القضاء، فإذا لم يقع به القضاء بقي دافع الأمانة لا بالجهة التي أمر المالك بها، فيصير مضيعًا ضامنًا، أما في البيع القضاء يقع بثمن العبد لا بعين العبد، فبقي الأمر بالبيع مطلقًا لا مقيدًا بجهة القضاء، وكان البيع حاصلا برضاء المالك، فلا يكون تضييعًا للأمانة، ولا يمكن تحقق التضييع في الثمن؛ لأن الثمن لم يصل إلى يد المأمور. فإن قال المودع في فصل البيع: إني قد بعت العبد، فلم يقبضه مني حتى مات العبد، وصدقه الطالب في ذلك، فأقام صاحب العبد بينة على المطلوب أنه باع عبده من الطالب، وسلمه إليه قبل قضاء القاضي ذلك منه، وقضى بالدين للآمر على المأمور، ولا يكون ذلك قضاء على الغائب، وهو الطالب، حتى إذا حضر كان له أن يرجع على المطلوب بحقه.

فرق بين هذا وبين ما تقدم، وهو أن المأمور ببيع ماله من الطالب قضاء بدينه إذا أقام البينة على البيع والتسليم عند إنكار الآمر، وقضى القاضي على الآمر للمأمور، فإن الغائب يصير مقضيًا عليه على ما مر.

والفرق: وهو أن الحاضر إنما ينتصب خصمًا عن غائب يصلح هو خصمًا بنفسه لو كان حاضرًا، وهنا الغائب لو كان حاضرًا، وأقام صاحب العبد البينة عليه أن وكيله باع هذا العبد منك، لا تقبل بينته، إذ الموكل لا يكون خصمًا للمشترى فى إثبات عقد وكيله على ما عرف، فلا يمكن أن يجعل الحاضر خصمًا عن الغائب، فأما المأمور ببيع ماله لو أقام البينة على الطالب أنى بعتك عبدى بكذا، وسلمته إليك، وأنكره الطالب، قبلت بينته، فجاز أن ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

ولو كان أمر صاحب العبد المودع أن يرهن عبده بدينه، فقال: رهنته، وقبضه المرتهن، فمات فى يده، وصدقه صاحب العبد، وكذبه صاحب الدين، فالقول قول صاحب الدين، ويرجع الطالب على المطلوب بدينه، ولم يرجع الآمر على المأمور بشىء، وهذا ومسألة البيع سواء؛ لأنه رهنه بتوكيله وأمره، وإنما يقع القضاء بطريق المقاصة، وذلك مال فى ذمة الطالب، ولم يصل إليه يد المودع ليواخذ بضمانه بحكم التضييع.

ولو كان المأمور قال: رهنته ولم أسلم إليه، والطالب أيضًا يقول: ما قبضته، فأقام الآمر البينة على أنه قبضه الطالب، ومات عنده قضى القاضى للآمر بمثل الدين على المأمور، ورجع الطالب أيضًا بماله على المديون، ولم يكن القضاء على المأمور قضاء على الطالب باستيفاء دينه والمعنى ما ذكرنا فى مسألة البيع.

١٦٥٩٢- وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم، فقال المديون لرجل: ادفع إلى هذا الرجل ألف درهم؛ ليقبضها من الألف التى له علىّ على أنى ضامن لك الألف التى تدفعها حتى أدفعها إليك، فقال المأمور: دفعت وصدقه بذلك الآمر، وكذبه الطالب، كان القول قول الطالب لإنكاره الاقتضاء، ورجع المأمور على الآمر بالألف.

ولو كان المديون قال له: ادفع إلى فلان ألف درهم قضاء من ماله الذى له علىّ على أنى ضامن لما يدفع إليه، فقال المأمور: دفعت وصدّقه الآمر بذلك، وكذبه الطالب، وحلف ورجع على الغريم بدينه لم يرجع المأمور على الغريم.

والفرق أن فى الفصل الأول الأمر يتناول مطلق الدفع؛ لأن فى قوله ليقضيها ليس بصلة للدفع، ولا تفسيرًا له، بل هو إخبار عما يصنعه المدفوع إليه، فبقى الأمر بالدفع

مطلقًا، وأنه يتناول دفعا يقع قضاء ودفعًا لا يقع قضاء والضمان مقابل للدفع، وقد سبق الدفع بتصادقهما إن لم يثبت، فيثبت للمأمور حق الرجوع على الآمر، أما فى الفصل الثانى الأمر يتناول دفعا هو قضاء؛ لأن قوله: قضاء يصلح تفسيرًا للدفع، ولهذا كان منصوبًا، ويقال نصب على التفسير والدفع قد يكون قضاء وقد يكون غير قضاء، فصار قوله قضاء بيانًا لنوع من أنواع الدفع، كقوله: ادفع فلانًا درهمًا، وكقوله: قتل فلان صبرا، وبتصادقهما إن ثبت مطلق الدفع لم يثبت دفع هو قضاء لما جحد الطالب، فلهذا لم يثبت للآمر حق الرجوع عليه.

ولو جحد الآمر والطالب الدفع، فأقام المأمور بينة على الدفع والقضاء، فإن المأمور يرجع على الآمر بما دفع، ويرجع الطالب على الآمر بدينه فى المسألة الأولى، وفى المسألة الثانية برئ الآمر عن دين الطالب.

والفرق: أن فى المسألة الأولى حاجة المأمور إلى إثبات الدفع المطلق؛ ليثبت له الرجوع على الآمر لا إلى إثبات القضاء، فيثبت ببينته ما يحتاج إليه، وهو مطلق الدفع، لا ما لايحتاج إليه وهو القضاء، فلعدم ثبوت القضاء كان للطالب حق الرجوع على الآمر، ولثبوت مطلق الدفع يثبت للمأمور حق الرجوع على الآمر، أما فى المسألة الثانية حاجة المأمور إلى إثبات دفع هو قضاء ليثبت له حق الرجوع على الآمر، فيثبت ببينة المأمور دفع هو قضاء، ومتى ثبت القضاء ثبت وصول حق الطالب إليه، فامتنع رجوعه على الغريم لهذا.

وإذا أمر غيره أن يرهن مالا عنه، ويلتزم الربح، ويؤدى الأمر إليه، فأدى المأمور الربح، لا يرجع على الآمر؛ لأن التمليك مقتضى الأداء بالأمر إنما ثبت إذا صح الأمر، ولم يصح، فلا يثبت التمليك، وبدونه لا يثبت حق الرجوع.

١٦٥٩٣- وإذا قال الرجل لرجل: اضمن لفلان ألف درهم، ولم يقل: عنى، فضمن، ثم أراد الضامن أن لا يعطى الطالب شيئًا، فهذا على وجهين: إما أن يكون المأمور بالضمان خليط للآمر أو لم يكن، وإما أن كان الآمر حاضرًا أو غائبًا، فإن كان الآمر غائبًا ليس للكفيل أن يمتنع عن تسليم ما كفل به إلى المكفول له، سواء كان المأمور خليطًا للآمر أو لم يكن؛ لأنه لايخلو إما أن يكون للمكفول له دين على الآمر، وعلى

هذا التقدير كان المأمور كفيلا بالمال، وليس للكفيل أن يمتنع عن أداء المال إلى المكفول له حال غيبة المكفول عنه، وأما أن لا يكون للمكفول له دين على الآمر، و يكون للآمر دينًا على الكفيل، وعلى هذا الاعتبار يكون المكفول له وكيلا بالقبض، وليس للمديون أن يمتنع عن تسليم الدين إلى وكيل الطالب، فإن كان الآمر حاضرًا إن كان المأمور خليطًا للآمر، فله أن يمتنع من دفعها إلى المكفول له استحسانًا عندهم جميعًا؛ لأنه متى كان خليط الآمر صار كفيلا عنه على ما مرّ قبل هذا، وللكفيل أن يمتنع عن تسليم المال المكفول به حال حضرة الآمر به، إذ لا يلحق المكفول له بهذا الامتناع ضرر؛ لأنه يمكنه أخذ الحق من المكفول عنه، وليس له أن يمتنع عن التسليم حال غية الآمر؛ لأنه يلحق المكفول له بهذا الامتناع ضرر، فإذا لم يكن المأمور خليطًا للآمر، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: ليس له أن يمتنع من تسليم ما ضمن إلى المكفول له؛ لأن على قولهما: إذا لم يكن المأمور خليط الآمر يصير كفيلا عن الأجنبي، لا عن الآمر، ولهذا لم يكن له الرجوع على الآمر والأجنبي غائب، وقد ذكرنا أن حال غية المكفول عنه ليس للكفيل الامتناع عن التسليم -والله أعلم-.

الفصل السابع والعشرون
في المتفرقات

١٦٥٩٤- إذا كفل بفلان أو فلان، فهو جائز، ويدفع الكفيل أيهما شاء ويبرأ، وكذلك إذا كفل بنفس فلان، أو بما عليه وهو مائة درهم، فهو جائز، ويدفع الكفيل أيهما شاء، ويبرأ، وإنما جازت هذه الكفالة لأنها لو لم تجز إنما لم تجز لجهالة المكفول به، فأما المكفول عنه فمعلوم إلا أن جهالة المكفول به لا تمنع جواز الكفالة وإن فحش.

وكذلك إذا كفل بنفس فلان أو بما عليه أو بنفس فلان آخر، أو بما عليه جاز؛ لأنه لو لم يجز إنما لا يجوز لجهالة المكفول عنه، إلا أن هذه جهالة مع اشتراط الخيار لأن كلمة "أو" كلمة تخيير، وجهالة المكفول عنه مع اشتراط الخيار لا يمنع جواز الكفالة؛ لأن جهالة المبيع في شيئين أو ثلاثة مع اشتراط الخيار لا يمنع جواز البيع، فلأن لا يمنع جواز الكفالة والكفالة أوسع حالا من البيع أولى.

١٦٥٩٥- وإذا كفل بنفس رجل لرجل، فمات الطالب، فالكفالة بالنفس على حالها، فبعد ذلك إن دفع الكفيل المكفول به إلى وصي الميت، برئ عن الكفالة، سواء كان في التركة دين أو لم يكن، وإن دفعه إلى وارث الميت إن كان في التركة دين لا يبرأ بالدفع إليه، سواء كان الدين مستغرقًا، أو لم يكن في التركة دين يبرأ بالدفع إلى الوارث، وإن كان ورثة الميت جماعة، فدفع إلى واحد منهم، فإنه يبرأ عن حصة المدفوع إليه، فأما لا يبرأ عن حصة الباقين.

وكذا لو كان في ماله فضل على الدين، وقد كان الميت أوصى بثلث ماله، فدفع الكفيل المكفول به إلى الوارث، أو إلى الموصى له، أو إلى الغريم لا يبرأ، ولم يذكر في الكتاب أنه إذا دفعه إلى الثلاثة جميعًا، وقد قيل: يبرأ بالدفع إليهم؛ لأن الحق لهم لايعدوهم. وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح عندي أنه لا يبرأ، فإن أدى الوارث الدين والوصية جاز ذلك الدفع إلى الورثة، وبرئ الكفيل؛ لأن المانع من صحة الدفع إليهم قيام حق الموصى له والغريم، وقد زال ذلك.

١٦٥٩٦- وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به فى يوم كذا، فالألف التى للطالب عليه علىّ، ثم كفل آخر بنفس الكفيل على أنه لم يواف به فى يوم كذا، فالمال الذى كفل به علىّ، فوافى الكفيل بالمطلوب، ودفعه إليه فى ذلك اليوم، فالكفيلان جميعًا يبرآن عن الكفالتين، أما الكفيل الأول: أما عن الكفالة بالنفس فلأنه سلم النفس، وأما عن الكفالة بالمال فلأنه لم يوجد شرط تحققها، وأما الكفيل الثانى: فلأنه قد برئ الكفيل الأول، والكفيل الأول أصيل فى حق الثانى، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإن وافى الكفيل الثانى بالكفيل الأول فى ذلك اليوم، ولم يواف الكفيل الأول بالمطلوب، برئ الكفيل الثانى عن الكفالتين، والكفيل الأول كفيل بالكفالتين.

١٦٥٩٧- وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به فى يوم كذا، فعليه ما عليه من المال، فلم يواف به فى ذلك اليوم حتى صار كفيلا بالمال، ثم إن الكفيل أدى المال إلى الطالب، فإنه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن الكفالة بالنفس حصلت مطلقة لا بالمال الذى أدى، فمن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب هذا المال، فيبرأ، ومن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب مال آخر، فلا يبرأ بأداء هذا المال، ووقع الشك فى براءته، فلا يبرأ بالشك.

١٦٥٩٨- وإذا كفل الرجل بنفس رجل، ثم إن الطالب أقر أنه لا حق له قبل المكفول بنفسه، ثم أراد أن يأخذ الكفيل بتسليمه، فله ذلك؛ لأن المنفى بقول الطالب: لا حق لى قبل المكفول به من حيث الحقيقة الحق الثابت للطالب قبل المكفول به بحكم الملك لا بحكم النيابة عن الغير، بأن يكون الحق قبل المكفول به للغير، والطالب يكون وكيلا عنه فى الخصومة، أو يكون الدين لميت والطالب يكون وصيّا عنه.

بيان هذا: أن الطالب نفى حقّا مضافًا إليه على الإطلاق، والحق المضاف إليه بطريق الإطلاق المضاف إليه الحق بطريق الأصالة؛ لأنه يكون مضافًا إليه بحكم الدعوى والملك، أما الحق المضاف إليه بطريق النيابة مضاف إليه بحكم الدعوى، لا بحكم الملك، وإذا انصرف إليه صار كأنه صرّح به، فقال: لا حق لى قبل فلان بحكم الملك، ولو صرّح به لم يكن من ضرورته براءة الكفيل؛ لأنه إن أبرأ الأصيل عن الحق الثابت

قبله بحكم الأصالة لم يبرأ عن الحق الثابت قبله بحكم النيابة وقع الشك فى بطلان هذه الكفالة، فلا يبطل بالشك.

فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بما إذا قال: لا حق لى قبل فلان، ثم ادعى بعد ذلك عليه حقًا لا يسمع دعواه ما لم يدّع حقًا بتاريخ بعد هذا الإقرار، سواء ادّعى الحق لنفسه أو لغيره، ولو كان الداخل تحت قوله: لا حق لى الحق المضاف إليه بحكم الملك، يصح دعواه لغيره، كما لو نص، وقال: لا حق لى قبل فلان بحكم الملك.

قلنا: المروى عن محمد أنه إذا ادعى حقًا لا تصح دعواه من غير فصل بينهما إذا ادعى الحق لنفسه، فيحمل على أن المراد من تلك المسألة ما إذا ادعى الحق لنفسه لا على ما إذا ادعى الحق لغيره، حتى لا يقع التناقض بين تلك المسألة وبين هذه المسألة، بخلاف ما إذا قال: لا حق لى قبل الكفيل حيث يبرأ الكفيل، ويدخل تحت النفى الحق الثابت له قبل الكفيل بحكم الملك والنيابة جميعًا؛ لأن الحق الثابت قبل الكفيل بحكم النيابة عن الغير مملوك له إذا كان هو المتكفل؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد على ما عرف، وإذا كان هو المتكفل كان هو العاقد، وبخلاف ما لو قال: لا حق لى قبل فلان، ولا لأحدنا سبيل[1] منه حيث يبرأ الكفيل؛ لأن هناك عمّ الحقوق بالنفى، فيبرأ الأصيل عن الحقوق كلها، وبراءة الأصيل عن الحقوق كلها توجب براءة الكفيل.

وإذا أقر الطالب فقال: قبضت نفس فلان من فلان، فقد برئ الكفيل، وحمل مطلق الإقرار بالقبض على الإقرار بالقبض من جهة الكفالة. وإذا ادعى وديعة، أو عارية، أو إجارة، أو شركة قبل إنسان، وأخذ بنفسه كفيلا جاز، هكذا ذكر فى "الأصل"، قالوا: وتأويله إذا كان المدعى قبله جاحدًا لهذه العقود التى ادعيت قبله، أو لم يكن جاحدًا، لكن ادعى الضياع من يده، فأنكر المدعى الضياع حتى يستحق عليه حضوره مجلس الحكم ليحلفه القاضى، فيكون كفالة بحق واجب على الأصيل، فيجبر الأصيل على إيفاءه، فأما إذا كان مقرًا بهذه العقود، والمال قائم فى يده، وأخذ كفيلا بنفسه لا يصح؛ لأنه فى هذه الحالة لايستحق على المدعى قبله حضوره، بل يسلم ما عنده، ولا يكون عليه شىء، فلم يكفل بحق واجب على الأصيل.

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "ولا لأحد بالسبيل منه".

١٦٥٩٩- وإذا قال الرجل لغيره : كفلت لك بنفس فلان ، ولم يكن المكفول له يدعى على المكفول به شيئًا ، فالكفالة جائزة ، ويجعل فى حق الكفيل كأن حضور الكفيل به مجلس الحكم مستحق عليه للطالب ، فتكون الكفالة واقعة بحق مستحق على الأصيل فى زعم الكفيل والمدعى ، وكان بمنزلة ما لو كفل عن رجل بمال ، والمكفول عنه ينكر المال ، صحت الكفالة ؛ لأن المال واجب فى زعم الكفيل والمدعى ، فإن خاصم الطالب الكفيل بالنفس إلى القاضى ، فقال الكفيل : إنه لا حق له قبل المكفول به ، فالقاضى لا يلتفت إلى قوله ، ويأخذه بالكفالة .

١٦٦٠٠- وإذا قال الطالب للكفيل بالنفس : قد برئ إلى من صاحبى ، فهذا إقرار منه بالتسليم ؛ لأنه أقر ببراءة ابتداءها من الكفيل ، وانتهاءها بالطالب ، وذلك يكون بالتسليم ، وقد مرّ نظيرها فى الكفالة بالمال .

١٦٦٠١- وإذا كفل وصى الميت غريمًا للميت بنفسه من رجل ، فدفعه الكفيل إلى وارث الميت ، لا يبرأ إذا كان فى التركة دين ، وأما إذا لم يكن فى التركة دين ، يبرأ بالتسليم إلى وارث الميت استحسانًا .

١٦٦٠٢- وإذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل ، وسلمه إلى أحدهما لا يبرأ عن كفالة الآخر ، وكذلك لو كانا وصيين ، فدفع الكفيل إلى أحدهما لا يبرأ عن كفالة الآخر ، إذا حصلت الكفالة بعقدهما ؛ لأنهما فى حقوق العقد كالمالكين ، ولو كانا مالكين ، ودفعه الكفيل إلى أحدهما لا يبرأ عن كفالة الآخر ، كذا هنا ، وهذ الجواب عندهم جميعًا ، وإن كان المذهب عند أبى يوسف : أن أحد الوصيين ينفرد بالتصرف ؛ لأن هذا حق ثبت لهما بعقدهما ، فلا ينفرد أحدهما به ، كما لو باعا عبدًا من تركة الميت ، ثم إن أحدهما قبض جميع الثمن ، لا يبرأ المشترى من حصة الآخر بلا خلاف ، وإنما مذهب أبى يوسف فى حق وجب للميت لا بعقدهما .

١٦٦٠٣- وإذا كفل بوجه رجل على أنه إن لم يوافِ به غدًا ، فعليه الألف التى له عليه ، فالكفالة جائزة على ما شرط ، ولو كفل بيده أو رجله ، أو ما أشبه ذلك على أنه إن لم يوافِ به ، فعليه الألف التى له عليه ، فلم يوافِ به لا يلزمه شيء ، والوجه فى ذلك أن تعليق الكفالة بالشرط عرف بخلاف القياس للتعامل ، والناس إنما تعاملوا تعليق

الكفالة مؤكدة للكفالة الأولى، وإنما يتصور تأكيد الأولى بالثانية إذا صحت الأولى، والكفالة باليد والرجل غير صحيحة بخلاف الكفالة بالوجه.

١٦٦٠٤- ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فقد احتال الطالب عليه بألف درهم التى على المطلوب، فلم يواف به فى الغد، فإن المال على الكفيل؛ لأنه لو علق الكفالة بعدم الموافاة، لزمه إذا وجد شرطها، فكذلك إذا علق الحوالة بها؛ لأن الحوالة والكفالة فى حق إلزام المال على السواء.

١٦٦٠٥- إذا كفل لرجل عن رجل بما له عليه، ثم اختلف الكفيل والمكفول عنه والمكفول له، فأقر الكفيل بمائة درهم، وادعى المكفول له عشرين ديناراً، وأقر المكفول عنه بكر حنطة، فلا شىء على الكفيل والمكفول عنه؛ لأن الطالب لما ادعى الدنانير، فقد كذب الكفيل والمكفول عنه فيما أقرا له به، والإقرار لم يبطل بالتكذيب، فكأنهما لم يقرا، وادعى الطالب عليهما عشرين ديناراً، ولو كان كذلك كان يحلف كل واحد منهما على دعوى الطالب، فكذا ههنا، فإن حلفا برئا عن الدعوى، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، فالذى نكل لزمه المال، والذى حلف برئ عن الدعوى[1].

فإن قيل: إذا حلف المكفول عنه وبرئ، ينبغى أن يبرأ الكفيل ببراءته ولا يحلف، قلنا: براءة المكفول عنه إنما توجب براءة الكفيل إذا حصل براءة الكفيل بالإبراء، أما إذا جعل براءته بالحلف فلا؛ لأن الحلف شرع لبراءة الحالف، لا لبراءة غيره، حكى عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين النسفى: أنه رد محضراً فيه دعوى المال بالكفالة.

صورتها: رجل له على رجل كذا من الحنطة الجيدة، وكذا من الدراهم، فكفل له رجل كفالة صحيحة، فقال: السؤال غير تام؛ لأن الكاتب لم يكتب أنه كفل بالمال أو بالنفس، ولو كان فيه أن الكفالة بالمال لابد من بيان أنها بمالين أو بأحدهما، وليس فيه أيضًا أن المكفول له قبل فى المجلس.

وفى فتاواه أيضًا، ورد فتوى بهذه اللفظة: كفل رجل عن رجل بمال، ورضى به صاحب الحق، قال: لا يلزم الكفيل شىء؛ لأن الرضا عمل القلب، والحاجة إلى القبول باللسان.

---

(١) من قوله: "وإن حلف . . ." إلى قوله: "برئ عن الدعوى" ساقط من الأصل، أثبتناه من "ظ".

١٦٦٠٦- قال محمد في "الجامع" : ثلاثة نفر لهم على رجل ثلاثة آلاف درهم، لكل أحد منهم ألف درهم على حدة، فشهد اثنان منهم للثالث على رجل أنه كفل بنفس فلان المطلوب له، قبلت شهادتهما، ولو كان الدين كله مشتركًا بين الثلاثة لا تقبل شهادتهما.

والفرق : أن في الفصل الأول شهدا بما لا شركة لهما فيه؛ لأنهما شهدا بالكفالة بنفس المطلوب، ولا شركة لهما في ذلك أكثر ما فيه أن للشاهدين فيه منفعة وهي التمكين من مطالبة الغريم إلا أن هذا ليس بأمر لازم لهذه الشهادة؛ لأنه يحتمل أن الكفيل يسلمه حال غيبة هذين الشاهدين، إذ لا اتصال للتسليم بحضرة الشاهدين، فكان انتفاع الشاهدين من حيث التمكن من الملازمة حال حضرتهما مضافًا إلى حضرتهما لا إلى شهادتهما، ومثل هذا لا يمنع القبول، كما لو شهد رب الدين لمديونه المفلس على رجل، قبلت شهادته، وإن كان للشاهد في هذه الشهادة منفعة، وهو تمكنه من استيفاء المال، ولكن قيل : بأن هذا ليس بمعنى لازم، فإن الغريم إذا وصل إليه المال، كان له أن لا يدفع إلى الشاهد، وإذا دفع كان الدفع مضافًا إلى دفعه لا إلى الشهادة، أما في الفصل الثاني فقد شهدا بشيء لهما فيه شركة من حيث المعنى؛ لأن المشهود به هو الموافاة بالنفس، ولهما فيه شركة من حيث المعنى؛ لأن المقصود من الموافاة بالنفس هو المال، ومتى قبض المشهود له المال، كان لهما فيه شركة، فكانا شاهدين لأنفسهما، فلا تقبل الشهادة.

١٦٦٠٧- وفي كتاب الأقضية : وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فأمره أن يكفل بها لرجل عليه ألف درهم، يعني أمر رب الدين مديونه أن يكفل عن رب الدين لرجل له على رب الدين دين، وكفل ودفعها، ثم جحد المكفول له أن يكون قبض شيئًا، فإن الكفيل المديون لا يبرأ. وقال أبو يوسف في الكفيل بالدرك : يأخذه المشتري بالثمن إذا قضى عليه بالاستحقاق. وقال أبو حنيفة : لا خصومة بين المشتري وبين الكفيل حتى يقضى على البائع، وهذا بناء على أن بنفس الاستحقاق هل ينفسخ العقد، وهل يجب على البائع رد الثمن إلى المشتري، فعلى قول أبي حنيفة : لا ينفسخ العقد، ولا يجب على البائع رد الثمن على المشتري، فكيف يؤاخذ الكفيل؟

١٦٦٠٨- وفى "المنتقى": رجل قضى رجلا ألف درهم فى كيس، فخاف أن ينقص من الألف، فضمن له رجل ما نقص من الألف، فوجدها وافيًا إلا أنه زيوف، فلا ضمان عليه فى قياس قول أبى حنيفة من قبل أنه لو أنفقها لم يرجع بشىء، وفى قول أبى يوسف: يضمن ألفًا جيادًا، ويرد الزيوف على الغريم.

وكذلك إن كان عليه ألف درهم وضح، فقال المطلوب فى هذا الكيس ألف درهم وضح، فخذها قصاصًا، فأخذها، وضمنها رجل، فإذا هى غلة، فالضمان باطل فى قياس قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: عليه ألف درهم وضح، يعنى على الكفيل، قال محمد فى الأصل: وإذا كان الدين بين رجلين، فكفل أحد الرجلين لشريكه بحصته، فالكفالة باطلة؛ لأنها لو صحت إما أن تصح بنصف دين مفرز أو بنصف دين شائع، لا وجه إلى الأول؛ لأن الإقرار لا يتحقق إلا بالقسمة، وقسمة الدين قبل القبض لا تتحقق، ولا وجه إلى الثانى؛ لأنه يصير كفيلا لنفسه معنى؛ لأنه متى قضى بنصف الدين للمكفول له، وذلك خمسمائة، كان للكفيل أن يأخذ نصف ذلك، وذلك مائتان وخمسون؛ لأن المقبوض من دين مشترك، وإذا قبض الكفيل مائتين وخمسين، ينتقض القضاء بذلك القدر من الأصل فيما قبض؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون قاضيًا من نفسه مقتضيًا[1]، وإذا انتقض القضاء بقدر ما قبض صار كأنه لم يؤد إلا مائتين وخمسين، فيكون له نصف ذلك، هكذا إلى أن ينتهى إلى آخره، فهو معنى قولنا: إنه يصير كفيلا لنفسه، وكفالة الإنسان لنفسه باطلة.

١٦٦٠٩- وإذا كان لامرأة على زوجها ألف درهم من صداقها، فكفل به لها رجل عن الزوج، ثم ماتت المرأة، فورثها زوجها وأخوها، فإنه يبرأ الكفيل عن النصف؛ لأن الزوج لما ورث نصف الداق فقد برئ عن النصف، وبراءة الأصل توجب براءة الكفيل، وبقى كفيلا بنصف الأخ.

١٦٦١٠- وإذا كفل الرجل عن رجل بألف درهم، ثم مات الطالب، وورثه المطلوب، فقد برئ الكفيل متى لا يكون للمطلوب أن يتبعه؛ لأن المطلوب قد برئ؛

(١) هكذا فى ظ وف وكان فى الأصل: "مقضيًا".

لأنه ملك ما فى ذمته بالإرث، ولو كان كفل بها بشرط براءة الأصيل[١]، ثم مات الطالب، والمطلوب وارثه، هل له أن يتبع الكفيل؟ فإن كان كفل بأمر المطلوب بشرط براءة المطلوب لم يكن للمطلوب اتباع الكفيل؛ لأنه لو اتبعه، وأخذ منه ما كفل به، كان للكفيل أن يأخذ منه ثانيًا؛ لأنه كفل بأمره، فلا يفيد الأخذ، وإن كان بغير أمره، فإنه يتبعه؛ لأنه لو اتبعه، وأخذ منه ما كفل به لا يكون للكفيل أن يرجع عليه بمثله؛ لأنه ما كفل بأمره، فيفيد الأخذ، بخلاف المسألة الأولى، وهى ما إذا كانت الكفالة من غير شرط براءة المطلوب، فإن هناك إذا مات الطالب، والمطلوب وارثه، فالمطلوب لا يطالب الكفيل بشىء، سواء كانت الكفالة بأمره، أو بغير أمره.

والفرق: أن المانع من اتباع الكفيل فى المسألة الأولى براءة الكفيل؛ لأن المطلوب قد برئ من الدين لها ورثه[٢] وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل كفل بأمره أو بغير أمره، وبراءة الكفيل مانعة اتباع الكفيل، أما فى المسألة الثانية المانع من اتباع الكفيل ليس براءة الكفيل؛ لأن الكفيل بشرط براءة الأصيل حويل، وبراءة الأصيل لا توجب براءة الحويل، إذ لو وجب ذلك ما صحت الحوالة أصلا؛ لأن الأصيل برأ بنفس الحوالة، وإذا كان براءة الأصيل لا توجب براءة الحويل، كان الدين باقيًا فى ذمة الحويل، فورث المطلوب ما عليه إلا أن المانع من الأخذ متى كفل بأمره عدم الفائدة، وإذا كفل بغير أمره، فالأخذ مفيد على ما مرّ، فلهذا افترقا.

هذا الذى ذكرنا إذا مات الطالب، والمطلوب وارثه، فأما إذا مات الطالب، والكفيل وارثه، فإن الكفيل يبرأ عن المال، وهل يرجع على المكفول عنه؟ ينظر إن كان كفل بأمره يرجع، وإن كان كفل بغير أمره لا يرجع، وكان ينبغى أن يرجع عليه سواء كان كفل بأمره، أو بغير أمره؛ لأن الكفيل ما ملك هذا الدين بسبب الكفالة، إنما ملكه بسبب الإرث، ألا ترى أنه كان يملكه، وإن لم يكن كفيلا، وإذا ملكه بسبب الإرث لا بسبب الكفالة، كان تمليكه إياه بسبب الإرث، وهو كفيل، وتمليكه إياه بسبب الإرث، وهو ليس بكفيل سواء، ولو تملكه بسبب الإرث، وهو ليس بكفيل، أليس إنه يرجع

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل: "بشرط براءة الأصيل، ثم شرط براءة الأصل، ثم مات... إلخ".

(٢) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل: "إلى وارثه".

على المطلوب على كل حال، كذا هنا بخلاف ما لو ادى، أو وهبه له؛ لأنه إنما ملك الدين بسبب الكفالة؛ لأنه ملك بالإيفاء، والإيفاء لزمه بالكفالة، وبسبب الكفالة صحت الهبة أيضًا، وإن لم يسلط الواهب على القبض والكفيل إذا ملك الدين بسبب الكفالة إن كان كفل بأمر المكفول عنه يرجع عليه، وإن كان كفل بغير أمره، لا يرجع عليه.

والجواب عنه أن الكفيل بالوراثة ملك ما فى ذمته، ولهذا برئ عن الدين، وملك ما فى ذمته كان بسبب الكفالة، فإنه لو لم يكن كفيلا لما كان يملك ما فى ذمته، وإنما كان يملك ما فى ذمة الأصيل، فملكه ما فى ذمته حصل بسبب الكفالة، وكان بمنزلة ما لو ملكه بالهبة، فكان ما ذكر من الجواب صحيحًا من هذا الوجه.

١٦٦١١- وإذا ادعى مسلم على مسلم مالا وجحده، وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه بالمال بأمره، وجحد الكفيل، فشهد له بذلك ذميان، جازت شهادتهما على الذمى، ولم تجز على المسلم حتى لو أدى الكفيل المال لا يرجع به على الأصيل، هكذا ذكر المسألة فى عامة الروايات فى كفالة "الأصل". وذكر فى بعض الروايات: أنه لا يقبل هذه الشهادة أصلا؛ لأن الكفيل متحمل عن الأصيل، ولم يلزم الأصيل بهذه الشهادة شىء، فلا يلزم الكفيل.

ووجه ما ذكر فى عامة الروايات: أن هذه الشهادة حجة على الكفيل إن لم يكن حجة على الأصيل، فيعتبر المال واجبًا فى حق الكفيل، وإن كان لا يعتبر واجبًا فى حق الأصيل، ويجوز أن يعتبر المال واجبًا فى حق الكفيل، وإن كان لا يعتبر واجبًا فى حق الأصيل، ألا ترى أن من قال لغيره لك على فلان ألف درهم، فكفلت لك بها عنه، وأنكر الأصيل ذلك أخذ به الكفيل، ولم يؤاخذ به الأصيل، كذا ههنا.

١٦٦١٢- ولو قال لغيره: إن غصبك فلان من شىء، فأنا به كفيل صحت؛ لأنها كفالة أضيفت إلى سبب الوجوب، وقد وقعت لمعلوم عن معلوم فصحت، وإن كان المكفول به مجهولا كما لو قال: ما بايعت فلانًا، فأنا كفيل لك بما يجب لك عليه من الثمن، بخلاف ما لو قال: إن غصبك إنسان شيئًا، فأنا كفيل به، حيث لا تجوز الكفالة؛ لأنها كفالة مضافة إلى وقت فى المستقبل، وإنها وقعت عن مجهول، والقياس يأبى

جواز الكفالة المضافة إلى وقت فى المستقبل، لكن جوّزناها استحساناً لتعامل الناس، وتعامل الناس فيما إذا وقعت لمعلوم عن معلوم، فما وراءه يبقى عن أصل القياس، وكان بمنزلة ما لو قال: ما بايعت أحداً، فثمنه على، كانت الكفالة باطلة، قال محمد: لأنه عمّ، ولو خصّ إنساناً أو قوماً، لزمه ذلك هذا هو لفظ محمد فى "الأصل"، قالوا: إذا خص قوماً إنما يصح إذا أشار إليهم، بأن قال: إن غصبك هؤلاء، فأما إذا لم يشر، ولكن قال: إن غصبك قوم شيئاً، فأنا كفيل لك بذلك كانت الكفالة باطلة؛ لأن الكفالة وقعت عن مجهول.

ولو قال: إن قتلك فلان خطأ، فأنا كفيل بدينك، كان ذلك جائزاً، ولو قال: إن قتلك إنسان خطأ، فأنا ضامن لدابتك كانت الكفالة باطلة، ولأن فى الوجه الأول الكفالة وقعت عن معلوم، وفى الوجه الثانى وقعت عن مجهول.

١٦٦١٣- وفى "فتاوى الفضلى": رجل باع من رجل كر داراً فى حانوت، وضمن للمشترى رجل الدرك، ثم إن صاحب الحانوت استولى على الكر دار بغير أمر القاضى، فأراد المشترى الرجوع بذلك على الكفيل ينظر إن كان الكر دار شيئاً يكون القول فى ذلك قول صاحب الحانوت مثل البناء ونحوه له أن يرجع؛ لأن ذلك بمنزلة الاستحقاق، وإن كان الكر دار شيئاً لايكون القول فى ذلك قول صاحب الحانوت، لا يرجع على الكفيل؛ لأن هذا ليس بمنزلة الاستحقاق، والكفيل بالدرك كفيل بالثمن عند استحقاق المبيع.

١٦٦١٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم، وضمنها رجل بأمر المدعى عليه، ودفعها الضامن إلى المدعى، ثم إن المدعى مع المدعى عليه، تصادقا على أنه لم يكن عليه شىء، فالمدعى يدفع ما قبض إلى المدعى عليه، ثم الضامن يرجع بها على المدعى عليه.

١٦٦١٥- وفى "نوادر هشام" عن محمد: رجل أقرض رجلا دراهم، وأقام له بها كفيل، فأسقطت الدراهم أى نفقت قال له: أن يأخذ الكفيل بما يأخذ به صاحب الأصل من قيمتها دراهم أخر ما نفقت، فإن كانت الدراهم من ثمن بيع، فأسقطت قبل النقد، والمبيع مستهلك، فإن شاء البائع، أخذ دراهمه ساقطة أجنبية، قال: إن شاء من

الأصيل، وإن شاء من الكفيل، وإن كان أبى البائع ذلك، فعلى المشترى قيمة المشترى، وليس له أن يأخذ الكفيل بقيمة المشترى؛ لأنه كفل بالثمن لا بالقيمة، إذا قال لغيره: ما أقر لك به فلان، فهو على، فمات الكفيل، ثم أقر فلان بشىء من المال، فالمال لازم فى تركة الكفيل، وكذلك ضمان الدرك.

١٦٦١٦- فى "فتاوى أبى الليث": وسئل شمس الإسلام الأوزجندى عن رجل ضمن لرجل عشرة دراهم حتى يسعى فى تزويج فلانة منه، قال لا يصح ضمانه، وأفتى أئمة بخارى بصحة ضمانه، وقيل: إن بين لذلك وقتا يصح، وما لا فلا.

وعنه أيضًا فى سلطان صادر رجلا وألزمه مالا، فضمن رجلا هذا المال، وبذل الخط ضمانه، وإذا أدى الضامن [المال][1] كان له الرجوع على المضمون عنه، وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة السرخسى، والمعير إذا أخذ كفيلا من المستعير بالرد، أو المغصوب منه إذا أخذ كفيلا من الغاصب بالرد حتى جازت الكفالة على ما ذكرنا فى صدر الكتاب، ثم إن الكفيل حمل المكفول، وسلمه إلى المالك، كان للكفيل حق الرجوع على المستعير، والغاصب بقيمة الحمل، وهو أجر مثل عمله، وهذا استحسان، والقياس أن لا يرجع عليه بشىء؛ لأنه أفاده الرد، وذلك فعل، ومنفعة وهى لا تقوم بدون عقد الإجارة، إلا إنا استحسنا، وقلنا: بثبوت حق الرجوع لما قلنا؛ لأن عقد الكفالة عقد موجبه الرجوع بمثل المكفول به عند الإمكان، وبالبدل عند التعذر، ألا ترى أن الكفيل بالرطب إذا أدى، ثم انقطع أوان الرطب يرجع على المكفول عنه ببدله، وإذا أمره بالكفالة، فقد ضمن له بدل ما التزم الكفيل بالكفالة، وهو العمل، كأنه استأجره على ذلك، فتثبت الإجارة بينهما تقديرًا، وتقومت المنافع.

ولو أن المعير أو المغصوب منه لم يأخذ كفيلا بالحمل، ولكن أخذ منه وكيلا يوفى ذلك فى منزله، أو حيث استعار منه، أو غصبه منه، ويجوز التوكيل، لكن لا يجبر الوكيل على النقل بخلاف الكفيل؛ لأن الوكيل لم يضمن شيئًا للمالك، إنما وعد أن يتبرع عليه بذلك، والوعد بالتبرع لا يلزم شيئًا بخلاف الكفيل؛ لأنه ضمن ما كان على المكفول عنه، فيجبر على القضاء، ألا ترى أن الوكيل بقضاء الدين لا يجبر على

---

(١) زيد من ف.

القضاء، والكفيل بالدين يجبر على الأداء.

١٦٦١٧- وفى "المنتقى" : رجل له على رجل ألفا درهم، وكفل بها كفيل، فمات المطلوب، وكانت الكفالة بأمره، وترك المطلوب ألف درهم لا غير، فأخذ الطالب ذلك من تركته، وأخذ من الكفيل ألفًا أخرى، ثم قال: الكفيل للطالب: قد وجب لى على المطلوب ألف درهم، فلى أن أحاصك[1] بها فى الألف التى هى تركة المطلوب، قال: لا يحاصه[2]؛ لأنه لو أخذ منه شيئًا، يرجع هو عليه بذلك حتى يستوفى دينه، فلا يفيد الأخذ.

سئل الشيخ القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى عمّن قال لغيره: هر چه ترا فلان بشكند، فهو علىّ، لا يصح هذا الضمان؛ لأنه لم يذكر المضمون له، فإنه لم يقل: فهو لك، وعلى هذا فصل اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لابد من ذكر "لك" فى الضمان لصحة الضمان، وهذا القائل يقول أيضًا: إذا ادعى رجل على غيره مالا بسبب الضمان عن رجل، لابد لصحة الدعوى من أن يقول: ضمن لى، وبعض مشايخنا قالوا: لا يشترط ذكر "لك" وذكر محمد مسائل تدل على أن ذكر "لك" ليس بشرط.

فمن جملة ذلك ما ذكر ابن سماعة عنه فى "نوادره" : إذا قال الرجل لغيره: إن جنى عليك فلان، فأنا كفيل بنفسه، فقال ذلك الرجل بعد ذلك: قد جنى علىّ فلان، فادفعه إلىّ، وأنكر الكفيل ذلك، فأقام الرجل بينة على فلان بالجناية عليه، فهذا جائز، والكفيل خصمه والقضاء نافذ على الجانى، ولا تعاد البينة عليه، فقد جوّز هذه الكفالة مع أن الكفيل لم يقل: أنا كفيل بنفسه لك.

١٦٦١٨- وفى "نوادر ابن سماعة" أيضًا: إذا قال الرجل لغيره: إن لم يعطِك فلان مالك، فهو علىّ، فهذا جائز، وإذا طلبه ولم يعطِه لزم الكفيل المال، فقد جوّز هذه الكفالة مع أن الكفيل لم يقل: علىّ لك.

١٦٦١٩- وذكر فى "الجامع الصغير" : إذا كان للرجل على رجل مائة درهم،

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى وم: "أخاصمك".

(٢) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى ف وم: "لا يخاصمك".

فكفل رجل بنفسه، وشرط فى الكفالة بالنفس أنه إن لم يواف به غدًا، فعليه المائة، فهو جائز، فقد جوّز هذه الكفالة مع أنه لم يقل: فعليّ المائة لك[1].

١٦٦٢٠- وفى "الجامع الصغير" أيضًا: إذا كفل الرجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدًا، فالمال الذى للطالب عليه، فمات المكفول بنفسه قبل مضى الغد، ثم مضى الغد يصير كفيلا بالمال، جوّز الكفالة بالمال مع أنه لم يقل: عليه للطالب.

١٦٦٢١- وفى "الجامع الصغير": رجل لزم رجلا، وادعى عليه مائة دينار، فقال الرجل الآخر للمدعى: دعه فأنا كفيل بنفسه، فإن لم أوافك به غدًا، فعلى مائة دينار، جوّز هذه الكفالة مع أنه لم يقل: فعلى مائة دينار لك، والمعنى فى الكل أن قوله: لك مذكور فى هذه الصور دلالة، والمذكور دلالةً كالمذكور صريحًا.

١٦٦٢٢- المعلى فى "نوادره" عن أبى يوسف: رجل جاء بكتاب سُفتَجة إلى رجل، ثم أبى أن يضمن ما فيها، فله ذلك.

١٦٦٢٣- ابن سماعة عن محمد: فى رجل جاء بكتاب سُفتَجة إلى رجل، ففتحها من شريكه أو خليطه، ودفعه إليه وقرأه، ثم قال: قد كتبتها لك عندى، فهذا ليس بضمان، وكذلك لو قال الدافع: اضمنها لى، فقال: قد أثبتها لك عندى، أو قال: قد كتبتها لك عندى، وإن قال: كتبتها لك علىّ، أو قال: أثبتها لك علىّ، فهو ضامن، ويأخذه به صاحب السفتجة، وفى شروط الخصاف فيما رُوى عن أبى حنيفة: أنه لا يلزم المكتوب إليه الكتاب المال إلا أن يضمن، فإن ضمن لزمه المال.

١٦٦٢٤- رجل قال لغيره: ادفع إلى فلان كل يوم درهمًا، وأنا ضامن لك، فأعطاه فاجتمع عليه مال كثير، فذلك لازم للضامن، وهو بمنزلة قوله: ما بايعت فلانًا، فأنا به ضامن.

١٦٦٢٥- هشام عن محمد: رجل ضمن لامرأة بنفقة كل شهر وهى كذا وكذا عن زوجها، ثم أراد أن يرجع عند كمال الشهر، قال: ليس له ذلك، ولو كان آجر دارًا بكذا، وضمن له إنسان بأجرة كل شهر، فللضمين أن يفسخ ضمانه عند رأس الشهر.

١٦٦٢٦- ابن سماعة عن محمد قال: قال أبو يوسف: إذا أقر الكفيل بالكفالة

(١) وفى ف: "المائة التى لك".

مؤجلا إلى شهر، وادعى المكفول له الكفالة حالة، فالقول قول المكفول له.

١٦٦٢٧- هشام عن محمد: في رجل له على رجل مال، وبه كفيل، فقال الكفيل: قضيته، وقال المكفول عنه: أنا قضيته، وقال الطالب، قبضته من الكفيل، فالقول قول الطالب.

١٦٦٢٨- وفي "نوادر المعلى" عن أبي يوسف: رجل له على رجل ألف درهم، ألف من كفالة كفل بها عن رجل، فقضاه ألف درهم، فله أن يجعلها من أي المالين شاء، وإن مات قبل أن يبين، فلا خيار لورثته في ذلك.

١٦٦٢٩- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف: في رجل كفل لامرأة بصداقها عن زوجها، فغاب الزوج، فأقام الكفيل بينة أن النكاح فاسد بوجه من الوجوه، فالقاضي لا يقبل هذه البينة، ولو ادعى أنها أبرأت الزوج، أو أن الزوج أعطاها، أو باعها به شيئًا، وقبضت، قبلت بينته، وإن كان المبيع غير مقبوض لا تقبل بينته؛ لأن هذا قضاء بالبيع على الزوج.

١٦٦٣٠- رجل ضمن عن رجل مائة شاة، قال أبو حنيفة: الضمان باطل، إلا أن يعلم أنها من كفالة بمهر، وقال أبو يوسف: هو جائز في الغصب والمهر.

١٦٦٣١- رجل قال لأقوام بأعيانهم: هر چه از طرف شما برفلان آيد بر من، لا شيء عليه بهذا الضمان، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند"، وقيل: الضمان صحيح إذا كان لقوم يحصون، وقد ذكرنا قبل هذا في هذا الفصل إذا قال الرجل لرجل: إن غصبك هؤلاء شيئًا، وأشار إلى قوم أن الضمان صحيح من غير فصل.

١٦٦٣٢- وفي "فتاوى النسفي": رجل اشترى من رجل حنطة، وكفل له رجل بالحنطة، قال: لا تصح الكفالة؛ لأن هذا كفالة بالعين، ولو كان مكان الشراء سلمًا تصح الكفالة؛ لأن السلم فيه دين في الذمة، وقد ذكرنا في فصل الكفالة بالأعيان والفصل الأول في هذا الكتاب أن الكفالة بتسليم المبيع صحيح.

١٦٦٣٣- وفي "العيون": رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة دراهم، فضمن رجل الثوب للبائع، قال: إن كان في البيع خيار ثلاثة أيام، فالضمان جائز، وإن لم يكن فيه خيار، فالضمان باطل؛ لأنه إذا كان في البيع خيار، كان للبائع في الثوب حق،

فيصح الضمان له، ولا كذلك ما إذا لم يكن فيه خيار.

١٦٦٣٤- رجل كفل بنفس رجل أو بمال بأمره، فأراد الخصم أن يخرج من البلد، قال: إن كان ضمانه إلى أجل، فليس للكفيل أن يمنعه، وإن لم يكن ضمانه إلى أجل، فله أن يطالبه حتى يخلصه، إما بأداء المال، أو بتسليم النفس.

١٦٦٣٥- وإذا كان للرجل على رجل دين مؤجل، فطلب رب الدين من القاضى أن يأخذ بالمال كفيلا، ففى ظاهر الرواية ليس له ذلك، وذكر فى "المنتقى": أن له ذلك.

وفيه أيضًا: لو طلب المشترى من البائع الكفيل بالدرك لو ظهر، كان للمشترى ذلك، ففى الدين المؤجل أولى. وذكر الصدر الشهيد حسام الدين: أن فى الدين المؤجل لو أخذ القاضى كفيلا من الخصم الذى يريد أن يغيب لا يبعد استدلالا بالمرأة إذا طلبت الكفيل بنفقتها عند إرادة الزوج السفر، فإن هناك القاضى يأخذ منه كفيلا بنفقتها شهرًا عند أبى يوسف استحسانًا رفقًا بالناس، فكذا فى سائر الديون. قال: والفتوى فى مسألة النفقة على قول أبى يوسف، ففى سائر الديون لو أفتى مفتٍ بذلك، كان حسنًا رفقًا بالناس.

١٦٦٣٦- استأجر من آخر دارًا كل شهر بكذا، وكفل بالأجرة كفيلا، فالإجارة على شهر واحد، فإن سكنها المستأجر يومًا من الشهر الثانى لزمه الإجارة فى الشهر الثانى، ولزمه جميع أجرة الشهر الثانى، ولزم الكفيل ما لزم المستأجر، وإن مات الكفيل لزم الكفيل فى تركته ما لزم المستأجر بسكناه بعد موت الكفيل، ولا تبطل الكفالة بالموت كالكفالة بالدرك.

١٦٦٣٧- وإذا أقرض الرجل رجلا ألف درهم، وأخذ بها كفيلا، فصالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير، جاز، إذا قبض الدنانير فى المجلس، كما لو صالح المطلوب بنفسه، وهذا لأن بالكفالة وجب دين للطالب على الكفيل، وترك الكفيل من الطالب منزلة المطلوب منه، فيجوز الصلح مع الكفيل، كما يجوز مع المطلوب.

١٦٦٣٨- وإذا قبض الطالب الدنانير من الكفيل، رجع الكفيل على المكفول عنه بالألف؛ لأن الكفيل بهذا الصلح ملك ما فى ذمته، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء، ولو كان الكفيل صالح الطالب على مائة درهم، فأداها لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة

درهم؛ لأن الكفيل لم يملك ما في ذمته ههنا، إذ لا يمكن أن يجعل هذا التصرف مبادلة؛ لأن مبادلة الألف بالمائة لايجوز، فيجعل استيفاءً للمائة، وإبراء للكفيل عن التسعمائة، ولو أبرأه عن الكل، لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بشيء، ولو استوفى من الكفيل الكل، رجع على المكفول عنه بالكل، فإذا أبرأه عن البعض، واستوفى البعض، يعطى لكل بعض حكم نفسه.

فإن قيل: لو كان فيها استيفاء للمائة، وإبراء الكفيل عن التسعمائة، يجب أن يقال: بأن للطالب أن يرجع على المكفول عنه بالتسعمائة؛ لأن إبراء الكفيل لا يكون إبراء الأصيل.

قلنا: معنى الإبراء في الصلح من حيث إن الصلح تجوز بدون الحق، والتجوز بدون الحق إبراء واستيفاء، فقوله: صالحت بمنزلة قوله: تجوزت بدون الحق، وإنما يكون هو تجوزًا بدون الحق إذا لم يكن له الرجوع على المطلوب بالتسعمائة، فصار تقدير مسألتنا كأن الطالب قال: استوفيت منك مائة، وأبرأتك، والأصيل عن التسعمائة، هذا إذا صالح الكفيل مع الطالب، فأما إذا صالح الكفيل مع المكفول عنه قبل أن يؤدي الكفيل إلى الطالب ما عليه على عشرة دنانير، فهو جائز أيضًا؛ لأن بالكفالة وجب للكفيل دين على المكفول عنه، ولكن مؤجلا، والصلح عن الدين المؤجل جائز، وكان فائدة هذا الصلح أن الكفيل لو أدى إلى الطالب بعد ذلك ألف درهم، لا يرجع على المكفول عنه، ودين الطالب عليهما على حاله، وكان له أن يطالب أيهما شاء بجميع الألف، فإذا أخذ من المكفول عنه ألف درهم، كان للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بألف درهم إلا أن يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذ، أما له الرجوع على الكفيل بألف درهم؛ لأن المكفول عنه ملك الألف التي وجب للكفيل في ذمته بالكفالة بهذا الصلح، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء بأن أدى إلى الكفيل ألف درهم، ثم إن الطالب أخذ من المكفول عنه ألف درهم، أليس أن المكفول عنه يرجع على الكفيل بألف، كذا ههنا إلا أن يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذها، فحينئذٍ لا يكون للمكفول عنه الرجوع بالألف؛ لأن من حجة الكفيل أن يقول للمكفول عنه: أنا ما استوفيت منك ألف درهم، وإنما أخذت عشرة دنانير بحكم الصلح، ومبنى الصلح على الحطيطة والإغماض والتجوز، وإنما رضيت بهذا رجاء أن أصالح الطالب بأقل من ذلك، فإذا أنت أوفيت

الدين بنفسك، وأردت الرجوع علىّ بالألف، كان الصلح ضرراً محضًا فى حقى، فلى أن أفسخ الصلح، وأدفع هذا الضرر عن نفسى بأن أرد الدنانير التى أخذها، فحينئذٍ لا يكون للمكفول عنه الرجوع بالألف، وإذا كفل بنفس رجل على أنه إذا كفل بنفس رجل على أنه إذا أدخل نجمًا فى نجم، فالمال حال عليه، فإذا دخل النجم الأول فى النجم الثانى، يصير المال كله حالا.

١٦٦٣٩- فى "فتاوى شمس الإسلام" وفى "مجموع النوازل": جماعة معهم أموال انتهوا إلى بلدة فيها والٍ طمع أن يأخذ منهم شيئًا بغير حق، فأخذ بعضهم واختفى البعض، فقال الوالى للذين أخذهم: أدوا إلىّ كذا على أن ترجعوا على الباقيين بالحصص، فأدوا ذلك، لا يكون لهم أن يرجعوا على الباقين بشىء، فلو أنهم لم يؤدوا إلى السلطان شيئًا حتى بعث إليهم المختفون، وقالوا: لا تطلعوهم علينا، وما أصابكم، فهو علينا بالحصص، ثم بعد ذلك أدوا، فلهم الرجوع بالحصص؛ لأن معنى كلامهم ما أخذ الوالى منكم، ويصير ذلك مضمونًا لكم على الوالى، لكونه مأخوذًا بغير حق، فنحن كفلاء لكم ببعضها.

١٦٦٤٠- وفى الفتاوى لأبى الليث: فى رجلين فى سفينة ومعهما متاع كثير، فلما انتهوا إلى مكان قليل الماء، قال أحدهما لصاحبه: ألق متاعك على أن متاعى بينى وبينك نصفان، فألقى فهذا فاسد، ويضمن الآمر للملقى نصف قيمة متاع نفسه، وطريقه أنه يصير مشتريًا متاع الملقى بنصف متاعه إلا أن ذلك ليس بمعلوم فى الحال، فيقع الشراء فاسداً، فيلزمه نصف قيمة متاع نفسه من هذا الوجه. ذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيبانى فى آخر شرح فى باب من الصلح فى الكفالة على الكفيل والوزن على أقل أن الكفيل بالمال يرجع على المكفول عنه قبل الأداء بنفسه، والمأمور بالأداء لا يرجع على الآمر قبل الأداء بنفسه -والله أعلم-.

كتاب الحوالة

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول :

الفصل الأول
فى بيان وجوه الحوالة وحكمها وشرط صحتها

١٦٦٤١- أما بيان وجوه : روى الحسن عن أبى حنيفة وجوه الحوالة أن يقول المطلوب لرجل : إنى أريد أن أحيل هذا عليك بألف ، فاضمنها له ، فيقول : نعم قد ضمتها له ، أو يقول الطالب للمطلوب : أحلنى على فلان ، فيقول له المطلوب : أضمنها عنى ، فيضمنها ، أو يقول المطلوب : اضمنها عنى ، وأنا منها برىء ، أو يقول الطالب لرجل : اكفل لى عن فلان بهذه الألف ، وهو منها برئ ، ومن ذلك أن يقول الغريم للطالب : أحلتك بمالك علىّ من الدين على هذا ، فيقول الطالب : أحلت ، ويقول الذى أحيل عليه : قبلت .

وأما بيان حكمها فنقول : حكم الحوالة براءة المحيل ، وتوجه المطالبة على المحتال عليه عند علماءنا الثلاثة ، والكفالة فى حق براءة الأصيل تخالف الحوالة ، فإن الكفالة لا توجب براءة الأصيل . قال شيخ الإسلام فى شرحه : ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما أن الحوالة توجب براءة الأصيل عن الدين والمطالبة جميعًا ، أو عن المطالبة دون الدين ، قال أبو يوسف : عنهما جميعًا ، وقال محمد : عن المطالبة لا غير ، قال : وثمرة الخلاف تظهر فى فصلين أحدهما إذا أبرأ المحتال له المحيل عن الدين بعد الحوالة ، على قول أبى يوسف : لايصح ؛ لأن المحيل بالحوالة برئ عن الدين ، فالإبراء لم يصادف محله ، وعلى قول محمد يصح ؛ لأن الدين باقٍ فى ذمة المحيل عنده ، فالإبراء صادف محله ، والثانى أن الراهن أحال المرتهن بالدين على إنسان كان للراهن أن يسترد الرهن منه عند أبى يوسف ، كما أبرأه منه ، وعند محمد ليس له ذلك ، كما لو أجّل الدين .

وفى "شرح الزيادات" الذى جمعته ذكرت الخلاف فى مسألة الرهن على عكس ما ذكر هنا ، وأظنه إلى النوادر ، فيه أيضًا عن بعض المشايخ أن فى مسألة الرهن عن محمد روايتان ، وستأتى المسألة بعد هذا فى هذا الكتاب إن شاء الله تعالى . فمحمد يقول : بأن الحوالة فى موضوعها للنقل ، وقد أضيفت إلى الدين ، فهذا يقتضى نقل

الدين من ذمة المحيل إلا أن المحتال عليه فيما يؤدى يؤدى عن المحيل لا عن نفسه، ولهذا كان له الرجوع بما أدى على المحيل، وهذا المعنى يوجب بقاء الدين فى المحيل؛ لأن الأداء عنه ولا دين عليه لا يكون، فعملنا بالأمرين فحولنا المطالبة التى هى من نتائج الدين وآثاره عن ذمة المحيل عملا بالحوالة، وبقينًا الدين فى ذمة المحيل ليكون المؤدى عنه عملا بالأمرين بقدر الإمكان.

وأبو يوسف يقول: بأن الحوالة للنقل، وقد أضيفت إلى الدين، فأوجبت تحويل الدين عملا بحقيقة اللفظ، وأمكن جعل المؤدى عن المحيل مع نقل الدين عن ذمة المحيل. بيانه: أن الحوالة وإن انتقل الدين عن ذمة المحيل، وبرئ المحيل عن دين المحتال عليه، لكن براءة موقتة إلى غاية موت المحتال عليه مفلسًا أو جحوده الحوالة، وحلفه على ذلك بالاتفاق، أو تفليس القاضى إياه عند أبى يوسف ومحمد، وبأداء المحتال عليه يحصل له البراءة مؤبدة، فإذا كان المحيل يستفيد نوع براءة بأداء المحتال عليه أمكننا جعل المحتال عليه مؤديًا عن المحيل، فلا ضرورة إلى ترك العمل بحقيقة اللفظ وإبقاء الدين فى ذمة المحيل.

وأورد محمد فى الكتاب مسألتين يحتج بهما على أبى يوسف: إحداهما: أن المحيل إذا أدى دين المحتال له يجبر المحتال له على القبول، ولو انتقل الدين من ذمته لما أجبر المحتال له على القبول، كما لو أدى أجنبى، وأبو يوسف يعتذر عن هذا، ويقول: المحيل بالحوالة وإن برئ عن الدين ولكن براءة موقتة، وبالأداء يستفيد براءة مؤبدة، فكان ذا حظ فى هذا الأداء، فلا يكون متطوعًا.

المسألة الثانية: أن المحيل لا يصلح وكيلا عن المحتال له بقبض الدين من المحتال عليه، وإنما لا يصلح وكيلا لأن الدين باق فى ذمته، فهو بالقبض يعمل لنفسه بتفريغ ذمته، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح وكيلا، وأبو يوسف يعتذر عنها، ويقول: نعم المحيل لا يصلح وكيلا عن المحتال له بقبض الدين من المحتال عليه، ولكن لا لأنه يعمل لنفسه بتفريغ ذمته عن أصل الدين، فإن أصل الدين انتقل عنه، ولكن لأنه بالقبض يعمل لنفسه باستفادته براءة مؤبدة لم يستفدها بأصل الحوالة.

وبعض مشايخنا المتأخرين ذكروا فى شروحهم: أنه لم ينقل إلينا عن محمد نصًا

أن الحوالة لنقل المطالبة أو لنقل الدين، إلا أن محمدًا يذكر فى الكتاب أحكامًا متعارضة، ويعتبرها تأجيلا فى حق بعض الأحكام، ويجعل المحوّل بها المطالبة، ويعتبرها إبراءً فى حق بعض الأحكام، فيجعل المحوّل بها الدين والمطالبة جميعًا، وهذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين، واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير؛ لأن الحوالة تأجيل معنى، ألا ترى أنه إذا توى ما فى ذمة المحتال عليه يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل والعمل بالمعنى واللفظ متعذر فى حق جميع الأحكام، فاعتبر اللفظ فى حق بعض الأحكام، فقال: لا يصح إبراء المحتال له المحيل عن الدين، ولا يصح هبة الدين منه، واعتبر معناه فى حق بعض الأحكام، فقال: إذا أدى المحيل دين المحتال له يجبر المحتال له على القبول، ولأجل اعتبار المعنى قال: إن إبراء المحتال له المحتال عليه لا يرتد برد المحتال عليه، وهبة الدين من المحتال عليه يرتد برده كهبة الدين من الكفيل وإبراءه، ولو كان المحول فى الحوالة الدين والمطالبة جميعًا، كان الإبراء والهبة فى حقه على السواء، ويرتد برده كما فى حق الأصيل.

وأما بيان شرائطها: فمن شرائطها: رضى المحتال عليه وقبوله الحوالة، سواء كان على المحتال عليه دين للمحيل، أو لم يكن عند علمائنا؛ لأن الناس يتفاوتون فى المطالبة، وفى الاستيفاء، فربما يكون المحتال له أصعب استيفاء وأشد مطالبة من المحيل، فلو صحت الحوالة من غير قبول المحتال عليه يتضرر زيادة ضرر من غير رضاه، وذلك لا يجوز. وكذلك رضى الطالب وقبوله شرط لصحة الحوالة بلا خلاف.

أما عند أبى حنيفة ومحمد: فلأنه شرط لصحة الكفالة فلأن يشترط لصحة الحوالة وفى الحوالة ما فى الكفالة وزيادة أولى. وأما عند أبى يوسف: فهو فرق بين الحوالة والكفالة، والفرق: أنه لا ضرر على الطالب فى الكفالة، بل له فيها منفعة، فإنه يزداد له مطالبة، فإنه يثبت له حق مطالبة الكفيل من غير أن يبرأ الأصيل. أما فى الحوالة للطالب ضرر، فإن الأصيل يبرأ عن دينه، والناس يتفاوتون فى القضاء، فربما يكون المحتال عليه أصعب فى القضاء، فيلحق الطالب زيادة ضرر، وأما رضى من عليه الدين، وأمره ليس بشرط لصحة قبول الحوالة من غيره حتى إن من قال لغيره: إن لك على فلان كذا وكذا من الدين، فاحتل به علىّ، ورضى بذلك صاحب الدين، صحت الحوالة؛ لأنه تبرع

بالتزام قضاء دينه من ماله، فصار كما لو كفل عنه بغير أمره، وبرئ الذى عليه الأصيل كما فى الحوالة بالأمر؛ لأن الموجب بالبراءة تحويل الدين من ذمة من عليه إلى غيره، وذلك لا يوجب الفرق بين الأمر وعدم الأمر، فإن أدى المال، لا يرجع بذلك على الذى عليه الأصل؛ لأنه قضى دينه بغير أمره، وبرئ الذى عليه الأصل، كما فى الحوالة بالأمر.

الفصل الثانى
فى بيان أنواع الحوالة

١٦٦٤٢- يجب أن يعلم بأن الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة ، فالمقيدة : أن يقيد المحيل الحوالة بالدين الذى له على المحتال عليه ، أو بالعين الذى له فى يد المحتال عليه بالغصب أو بالوديعة ، والمطلقة : أن يطلق المحيل الحوالة إطلاقًا ، ويرسلها إرسالا ، ولا يقيدها بالدين الذى له على المحتال عليه ، ولا بالعين الذى له فى يد المحتال عليه ، أو يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له فى يديه عين ، وإنها على نوعين أيضًا : حالة ومؤجلة .

فأما المطلقة فالحالة منها أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف درهم ، فيجوز وتكون الألف على المحتال عليه حالة ؛ لأن الحوالة لتحويل الدين من الأصيل ، فإنما يتحول على الصفة التى كانت على الأصيل ، وكانت على الأصيل حالة ، فتتحول إلى المحتال عليه حالة أيضًا ، وليس للمحتال عليه أن يرجع على المحيل قبل أن يؤدى ، ولكن إذا لوزم ، فله أن يلازم الأصيل ، وإذا حبس كان له أن يحبس الأصيل حتى يخلصه عن ذلك كما فى الكفيل ، وإذا أدى رجع على المحيل بما أدى ، وإن أبرأ المحتال المحتال عليه من الدين ، فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل .

١٦٦٤٣- ولو وهب الدين من المحتال عليه ، رجع المحتال عليه على المحيل إن لم يكن للمحيل عليه دين ، وإذا كان للمحيل عليه دين تقاصّا ، وصار الجواب فى حق المحتال عليه كالجواب فى حق الكفيل ، فإن أدى المحتال عليه دين المحتال له ، وأراد أن يرجع على المحيل ، فقال المحيل : كان لى عليك دين مثل ما قضيت عنى ، وقال المحتال عليه : لم يكن لك علىّ دين ، فالقول قول المحتال عليه ، وكان له أن يرجع على المحيل إلا أن يقيم المحيل البينة أنه كان له عليه دين ، وهذا لأن الحوالة ، كما تصح إذا كان للمحيل عليه دين ، تصح وإن لم يكن للمحيل عليه دين كالكفالة ، فإن الكفالة كما تصح إذا كان على الكفيل دين يصح إذا لم يكن عليه ، فإقدام المحتال عليه على الحوالة ،

لا يكون إقراراً عنه بالدين على نفسه للمحيل ، وإذا لم يوجد منه إقرار ، كان المحيل مدعيّا على المحتال عليه دينًا ، والمحتال عليه ينكر ، فيكون القول قوله مع يمينه ، ولو مات المحتال عليه إن لم يترك وفاء ولا كفيلا بالمال عاد الدين إلى ذمة المحيل عندنا ، وهذا لأن المحتال له إنما رضى بنقل الدين ، أو المطالبة على حسب ما اختلفوا من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه بشرط سلامة الدين عن ذمة المحتال عليه ، ولم يسلم له هذا الشرط لما مات المحتال عليه ، ولم يترك مالا ، ولا كفيلا بالمال ، ولو لم يعد المطالبة ، أو الدين إلى المحيل يتضرر به المحتال[1] .

وإذا جحد المحتال عليه الحوالة ، ولم يكن للمحيل بينة حاضرة على ذلك ، وحلف المحتال عليه فحلف ، ففى ظاهر الرواية يعود الدين إلى المحيل ، وروى محمد عن أبى حنيفة : أنه لا يعود ، وإذا فلسه القاضى ، وأخرجه القاضى ، وأخرجه عن السجن ، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول : لا يعود الدين إلى ذمة المحيل ، وعلى قول أبى يوسف الآخر ، وهو قول محمد : يعود ، وإن مات المحتال عليه وبالمال كفيل عن المحتال عليه كفل بأمره أو بغير أمره ، لا يعود الدين إلى المحيل ؛ لأنه ترك من يؤدى عنه ، ولو ترك ما يؤدى به لايعود الدين إليه ، فكذا إذا ترك من يؤدى عنه .

ولو مات المحتال عليه ، ووقع الاختلاف بين المحتال له والمحيل ، فقال المحتال له : إنه مات مفلسًا ، وعاد دينى إلى المحيل ، وقال المحيل : لا ، بل مات مليّا ، ولم يعد الدين إلىّ ، فالقول قول المحتال له ؛ لأنه متمسك بالأصل ، فإن الفقر أصل فى بنى آدم ، وعلى المحيل البينة .

فإن قيل : المحتال له يتمسك بالأصل بدعوى عود الدين إلى ذمة المحيل معنى ، والمحيل بدعوى الوفاء ينكر ذلك معنى ، والعبرة فى الدعاوى والإنكار للمعنى لا للصورة ، هذا كما لو قالوا : فيمن أوصى لفقراء بنى فلان وجاء واحد من بنى فلان ، وقال : أنا فقير ، وقال ورثة الموصى : إنه غنى ، فالقول قول الورثة ، وإن كان الموصى له متمسكًا بما هو الأصل ؛ لأنه مدع معنى ، فإنه يدعى الاستحقاق على الورثة ، والورثة ينكرون ذلك .

(١) من قوله : "وهذا لأن المحتال له . . ." إلى قوله : "يتضرر به المحتال" ساقط من الأصل .

والجواب هذا هكذا إذا لم يكن المتمسك بالأصل منكرًا معنى بوجه من الوجوه، كما فى مسألة الوصية، فإنه بدعوى الفقر ليس يدفع شيئًا عن نفسه من حيث المعنى، إنما يدعى استحقاق الوصية لا غير، فترجح المعنى على الصورة، وفى مسألتنا المتمسك بالأصل وهو الطالب منكر معنى؛ لأن المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء يدعى توجه المطالبة على الورثة، وإنها لم تكن ثابتة على الوارث، وهذا دعوى على الطالب، فإنه متى ثبت له ذلك لا يعود الدين إلى المحيل، والطالب بدعوى الفقر ينكر ذلك، فقد انضم إلى التمسك بالأصل الإنكار معنى، وفى مثل هذا القول قول المتمسك بالأصل.

١٦٦٤٤- وإذا كان لرجل على رجلين ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأحاله أحدهما على رجل بألف درهم فإن المحتال له بالخيار، إن شاء أخذ المحتال عليه بجميع الألف؛ لأن المحيل أحاله عليه بالألف، وقد صحت الحوالة بالألف؛ لأن على المحيل ألف درهم خمسمائة بحكم الأصالة وخمسمائة بحكم الكفالة. وإن شاء أخذ من المحتال عليه خمسمائة، ومن الذى لم يحله خمسمائة، وليس له أن يأخذ الذى لم يحله بالزيادة على خمسمائة، وإن كان قد وجب له على الذى لم يحله ألف درهم؛ لأن خمسمائة من الألف الذى وجب على الذى لم يحله كانت بحكم الكفالة عن المحيل، والمحيل قد برئ عنها بالحوالة، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فإن أخذ من المحتال عليه خمسمائة ومن الذى لم يحله خمسمائة، رجع المحتال عليه على المحيل بخمسمائة، وإن أخذ منه الألف كلها، رجع على المحيل بجميع الألف، ثم المحيل يرجع على صاحبه بنصف ذلك؛ لأن أداء المحتال عليه بأمره كأداء المحيل بنفسه.

١٦٦٤٥- رجل أحال رجلا على رجل ألف درهم، وقبض المحتال له الألف من المحتال عليه، فقال المحيل للمحتال له: لا شىء لك علىّ، وإنما أنت وكيلى فى قبض دين كان لى عليه، وقال المحتال له: كان لى عليك ألف درهم، وقد أحلتنى بذلك عليه على أن تؤديها إلىّ، فالقول قول المحيل؛ لأن لفظ الحوالة قد يستعمل لنقل التصرف على سبيل التوكيل، قال محمد فى كتاب المضاربة: صار مال المضاربة ديونًا على الناس، وامتنع المضارب عن التقاضى، ولا ربح فى مال المضاربة، ولا يجبر المضارب

على التقاضى، ويقال له: أحل رب المال، ومعناه: وكل رب المال بقبض الدين، وإذا كان لفظ الحوالة قد يستعمل فى نقل التصرف بطريق الوكالة لا يصلح حجة للمحتال له أن المحيل بالحوالة صار معترفًا، بأن له عليه دين، فيكون القول فيه قول المحيل: إنه أراد التوكيل، فإن كان المحتال له غائبًا، فأراد المحيل أن يأخذ المال من المحتال عليه، وقال: إنما احتله بوكالة لا بدين لم يحكم بذلك له حتى يحضر المحتال له؛ لأنه قضاء على الغائب، فلو أحاله على غريمه وللمحتال له على المحيل دين، ولم يقيد الحوالة بدينه، فهو وكيل بالقبض، وإذا قبضه وجعله قصاصًا بدينه فله ذلك.

وأما الحوالة المطلقة المؤجلة: رجل له على رجل ألف درهم من ثمن بيع إلى سنة، فأحاله بها على رجل إلى سنة، فالحوالة جائزة، والمال على المحتال عليه إلى سنة؛ لأنه قبل كذلك، ولم يذكر محمد فى "الأصل" ما إذا حصلت الحوالة مبهمة، هل يثبت الأجل فى حق المحتال عليه؟ قالوا: وينبغى أن يثبت كما فى الكفالة، وهذا لأن المحتال عليه متحمل عن الأصيل، وإنما يتحمل ما على الأصيل، وعلى الأصيل دين مؤجل، فيجعل[1] على المحتال عليه كذلك، فإن مات الذى عليه الأصل، لم يحل المال على المحتال عليه؛ لأن حلول الأجل فى حق الأصيل لاستغناءه عن الأجل بموته، وهذا المعنى لا يتأتى فى حق المحتال عليه؛ لأنه حى يحتاج إلى الأجل، فيبقى الأجل فى حقه بعد موت المحيل، وإن مات المحتال عليه والأصيل حى، حل المال عليه؛ لأنه استغنى عن الأجل بموته، فإن لم يترك وفاءً رجع المحتال له بالمال على الذى عليه الأصل إلى أجله؛ لأن الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسًا، فيعود الأمر إلى ما كان قبل الحوالة بمنزلة ما لو باع الدين بدين مؤجل عبدًا من الطالب، ثم استحق العبد، فإنه يعود الأجل.

ولو كان المال حالا على الذى عليه الأصل من قرض، فأحاله بها على رجل إلى سنة، فهو جائز، وهو عليه إلى سنة، وإن كان التأجيل فى القرض؛ لأن المال إنما يجب على المحتال إليه بالحوالة لا بالقرض، والتأجيل فى الحوالة جائز، وكان بمنزلة ما لو أجل الطالب الكفيل بالقرض، فإنه يجوز؛ لأن المال يجب على الكفيل بعقد الكفالة لا

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: "فيجوز" وفى ف: "فيجب".

بالقرض، والواجب بالكفالة يقبل الأجل، فإن مات المحتال عليه قبل مضى الأجل مفلسًا عاد المال إلى المحيل حالا.

وكذلك لو كان المال حالا على الذى عليه الأصل من ثمن بيع أو غصب، فأحاله بها على رجل إلى سنة، ومات المحتال عليه قبل مضى الأجل مفلسًا، فإنه يعود المال إلى المحيل حالا. فرق بين الحوالة والكفالة، فإن الكفيل إذا كفل بدين وأجل الطالب الدين، ولم يضف الأجل إلى الكفيل، صار الأجل مشروطًا للأصيل حتى لو مات الكفيل كان الدين على الأصيل مؤجلا، وفى الحوالة متى أضاف الأجل إلى الدين مطلقًا، ولم يضف إلى المحتال عليه، لا يصير الأجل مشروطًا فى حق الأصيل حتى لو مات المحتال عليه مفلسًا يعود الدين إلى الأصل حالا، وإن كان الدين على الأصيل بسبب، يقبل الأجل كالبيع والغصب.

والفرق: أن فى الكفالة، الدين باقٍ فى ذمة الأصيل، فإذا أضيف الأجل إلى الدين، ولم يخصه بالكفيل يثبت الأجل فى ذات الدين، ويظهر فى حق الكفيل والأصيل جميعًا، أما فى الحوالة: الدين لم يبقَ فى ذمة المحيل، فلا يظهر الأجل فى حقه؛ لأن تأجيل الدين[1] ولا دين لا يتصور، وعلى قول من يقول: بأن الدين فى ذمة المحيل باقٍ لا شك أنه مؤجل، وتأجيل المؤجل لا يتصور، فلا يظهر هذا التأجيل فى حق المحتال عليه، فلا يجوز أن يثبت الأجل فى حقه بحكم الشرط، ولا يجوز أن يثبت الأجل من حيث إنه عاد إليه ما على المحتال عليه، وما على المحتال كان مؤجلا؛ لأن الأجل إنما يثبت فيما وجب بالحوالة، ولم يعد إليه ما وجب بالحوالة إنما عاد إليه ما وجب عليه بسبب البيع والغصب وأنه كان حالا.

وكذلك إذا كان لرجل على رجل ألف درهم قرض حالة، وللمطلوب على آخر ألف درهم حالة، بأن كان مثلا لعمرو على زيد، ولزيد على بكر ألف، فأحال زيد عمروًا على بكر بالألف التى لزيد على بكر إلى سنة، فهو جائز؛ لأن ما وجب لعمر على بكر وجب بالحوالة، لا بالقرض، فصح التأجيل فيه.

(١) أى أن تأجيل الدين للمحيل لا يتصور، لأنه لا دين عليه، وفى الأصل: "لأن تأجيل الدين ولا دين يتصور".

١٦٦٤٦- ولو أن رجلا أحال رجلا على رجل بألف درهم إلى سنة، ثم إن المحتال عليه ترك الأجل، وجعلها حالة، كان ذلك جائزًا؛ لأن الأجل حقه، فيسقط بإسقاطه، فإن أداها لم يكن له أن يرجع على المحيل قبل مضى السنة؛ لأن إسقاطه إنما يظهر فى حقه لا فى حق الأصيل، وقد مرّ جنس هذا فى حق الكفيل مع الأصيل.

١٦٦٤٧- وإذا احتال الرجل بمال لابنه وهو صغير إلى أجل، لم يجز، فقد أطلق الجواب فى هذه المسألة إطلاقًا. وذكر فى موضع آخر هذه المسألة من غير ذكر الأجل، وقال: إن كان الثانى أملأ من الأول يجوز، وإنما أطلق هذه المسألة لمكان الأجل؛ لأنه ليس للأب أن يؤجل دين الصغير؛ لأنه إبراء موقت، فيعتبر بالإبراء المؤبد، والأب لا يملك ذلك، كذا ههنا.

هذا إذا كان دينًا ورثه الصغير لا بعقد الأب، فأما إذا وجب بعقد الأب، فاحتال بها إلى أجل، فإنه يجوز عند أبى حنيفة ومحمد ويضمن، وعند أبى يوسف: لا يصح؛ لأنه يملك الإبراء عندهما، ويضمن، وعند أبى يوسف: لا يملك فكذلك الاحتيال، وهكذا الجواب فى الوصى، فأما الجواب فى الوكيل بالقبض فى الوكيل بالقبض إذا احتال، إن كان الموكل فوّض إليه الرأى جاز، وإن لم يفوّض إليه الرأى لم يجز؛ لأنه إنما فوّض إليه أمرًا خاصًا، وهو القبض، فلا يتعدى وكالته إلى غير ما أمر به، وهذا إذا كان وكيلا بالقبض، فأما إذا كان وكيلا بالبيع، فالمسألة على الاختلاف. فإذا احتال رجل بمال على رجل، ثم إن المحتال عليه أحاله على آخر إلى أجل مثل ذلك، أو أقل أو أكثر لم يكن له أن يرجع على الأصيل حتى يقبض الطالب ماله؛ لأن بالحوالة لم يصر الطالب مستوفيًا شيئًا، والمال بعرض العود، بأن تنفسخ الحوالتان بموت المحتال عليهما مفلسًا.

١٦٦٤٨- وأما الحوالة المقيدة فنوعان أيضًا: مقيدة بالعين: الذى فى يد المحتال عليه، ومقيدة بالدين: الذى على المحتال عليه.

فأما المقيدة بالعين الذى فى يد المحتال عليه صورتها: رجل له عند رجل ألف درهم وديعة أو غصبًا، وعلى صاحب الوديعة لرجل ألف درهم دين، أحال صاحب الوديعة الطالب على المودع بالألف على أن يعطيه من الألف التى هى له عنده وديعة أو

غصب، ثم مات المحيل وعليه ديون، ولم يدع مالا آخر سوى الألف التى فى يد المحتال عليه، فالمحتال لايصير أخص بها، بل يقسم بينه وبين سائر غرماء المحيل بالحصص؛ لأن المحتال له بالحوالة لايملك الألف التى فى يد المحتال عليه؛ لأن الحوالة ما وضعت للتمليك إلا أن المحيل لا يملك أن يأخذ تلك الألف بعد الحوالة، ولكن لا لأنها صارت مملوكة للمحتال له، بل لأجل معنيين، إما لأن المحتال له إنما رضى بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للمحيل فى يده، أو لأن الحوالة إذا قيدت بها، تعلق بها حق المحتال له، وهو حق استيفاء الدين منها، وأخذ المحيل يبطل هذا الحق، فلا يمكن منه، فإن دفعها المودع إلى المحيل، يعنى حال حياة المحيل، صار ضامنًا لها؛ لأنه استهلك محلا تعلق به حق المحتال له.

١٦٦٤٩- ولو كانت الحوالة مطلقة غير مقيدة بالوديعة والغصب، فليس للمودع والغاصب أن يؤدى دين المحتال له من الوديعة والغصب، وللمحيل أن يأخذ الوديعة والغصب من يد المحتال عليه، بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة؛ لأن فى المقيدة أحد المعنيين أن المحتال له إنما رضى بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يوفى المحتال عليه حق المحتال له مما فى يده للمحيل، وقد انعدم الشرط ههنا، والمعنى الأخر أن حق المحتال له تعلق بذلك المال، وقد انعدم التعلق ههنا، فإن أخذ المحيل ماله من المحتال عليه، ثم إن المحتال له أخذ ماله من المحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل؛ لأنه قبل الحوالة بأمره، وأدى، فكان له الرجوع، ولو لم يأخذ واحد منهما شيئًا حتى مات المحيل وعليه ديون كثيرة، أخذ ما فى يد المحتال عليه، وقسم بين غرماءه، ولا يكون للمحتال له من ذلك شيء؛ لأنه بعقد الحوالة، صار غريم المحتال عليه، ولم يبقَ غريم المحيل، ولو مات المحتال عليه مفلسًا بعد ذلك، رجع المحتال له على غرماء المحيل، وشاركهم فيما قبضوا بقدر حصته، لما ذكرنا أن براءة المحيل بعقد الحوالة معلقة بشرط سلامة الدين من المحتال عليه، فإذا فات الشرط انفسخت الحوالة، وعاد الدين إلى المحيل، وصار المحتال له من غرماء المحيل، وصار مساويًا لسائر غرماءه؛ لأن دينه دين الصحة من هذا الوجه.

ولو لم يمت المحتال عليه مفلسًا، ولكن أدى المحتال عليه دين المحتال له، رجع المحتال عليه على غرماء المحيل، وشاركهم فيما قبضوا؛ لأنه أدى دينه بأمره،

فاستوجب الرجوع عليه، وصار من غرماءه، وصار مساويًا لغرماءه، وإن وجد الأداء من المحتال عليه بعد موت المجيز؛ لأن الأداء إنما أوجب الرجوع للمحتال عليه بحكم الحوالة، والحوالة كانت فى حال الصحة، وكان دينه دين الصحة، فصار مساويًا لسائر غرماءه من هذا الوجه.

١٦٦٥٠- وإذا كانت الحوالة مقيدة بالألف التى هى وديعة للمحيل عند المحتال عليه، فلم يدفع المحتال عليه الألف إلى المحتال له حتى مرض المحيل، ثم دفعها إليه، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالا سوى هذه الوديعة، فلا ضمان على المحتال عليه؛ لأنه أمين سلم الأمانة إلى من أمره المالك بتسليمها إليه، ولغرماء المحيل أن يشاركوا المحتال له فيما قبض؛ لأن المقبوض خالص ملك المحيل، فتعين أن المحتال له استوفى دينه من خالص مال المحيل فى مرض موته.

ولو كان المحتال عليه حبس الوديعة، وأعطى المحتال له من دراهم نفسه، القياس أن يكون متبرعًا فيما أدى، وتكون الوديعة لغرماء المحيل، وفى الاستحسان: لا يكون متبرعًا، وله أن يشارك غرماء المحيل فى تركته، ووديعته بقدر ما أدى، وهذه المسألة فرع مسألة الوكيل بالشراء أو بالإنفاق إذا دفع مال نفسه، وعنده مال الموكل، وهناك القياس أن يكون متبرعًا، وفى الاستحسان لا يكون متبرعًا. وعلى هذا القياس والاستحسان الوكيل[1] بقضاء الدين إذا قضى الدين من مال نفسه وفى يده مال الموكل، وجه القياس: أنه قضى دين الآمر من مال نفسه بغير أمره، فيصير متبرّعًا كما لو عدم الإذن أصلا.

وجه الاستحسان: أن الآمر أذن بهذا دلالة؛ لأن المقصود للآمر حاصل بهذا؛ لأن مقصوده براءة ذمته من الدين، ووصول الكفالة إلى أهله، وفى حق هذا المقصود لا فرق بين الأداء من دراهم الموكل، وبين الأداء من مال الكفيل.

١٦٦٥١- رجل احتال على رجل أى قبل الحوالة عن رجل بألف درهم على أن يعطيها من ثمن داره هذه، أو من ثمن عبده هذا يريد به دار الذى قبل الحوالة أو عبده، فالحوالة جائزة. فرق بين هذا وبين ما إذا قبل الحوالة بألف على أن يؤديها من ثمن دار المحيل، أو من ثمن عبد المحيل بغير أمر المحيل. والفرق: أن فى الفصل الأول الحوالة

---

(١) وفى ف: "إن أمر الوكيل".

حصلت بما يقدر المحتال عليه على إيفاءه، وفى الفصل الثانى حصلت بما لا يقدر المحتال على إيفاءه، حتى إنه لو كان ذلك بأمر المحيل، كانت الحوالة جائزة؛ لأنها حصلت بما يقدر المحتال عليه على إيفاءه، ولا يجبر المحتال عليه على بيع داره وعبده؛ لأن بيع داره وعبده إنما شرط توسعة عليه، حتى لا يجبر المحتال عليه على الأداء قبل البيع، وكان فى معنى الأجل فى الحوالة، فلا يجبر على التعجيل، ولا يجبر المحتال عليه على إعطاء المال قبل بيع الدار والعبد؛ لأنه إنما التزم الأداء من ثمن الدار أو العبد إلا أنه لو أجبر على الأداء قبل البيع، فقد صحح أنه أجبر على أداء غير ما التزم، وإنه لا يجوز.

ولو كان إنما احتال على أن يؤدى من ثمن دار المحيل، وقد كان المحيل أمره بذلك حتى جازت لما قلنا: لا يجبر المحتال عليه على إعطاء المال قبل بيع الدار؛ لما مر، وهل يجبر على البيع؟ ينظر إن كان البيع مشروطًا فى الحوالة، يجبر عليه؛ لأن الحوالة عقد لازم، فالبيع إذا شرط فيها يكون لازمًا أيضًا، كما فى الرهن إذا وضع الرهن بشرط أن يوضع على يدى العدل، ويبيعه العدل، فالبيع يصير لازمًا حتى لو امتنع العدل عن البيع يجبر عليه، كذا ههنا.

ولو باع المحتال عليه دار نفسه فى الفصل الأول، أو دار المحيل فى الفصل الثانى، وأدى الثمن، فلا ضمان عليه بعد ذلك، يريد به إذا لم يفِ الثمن بالدين؛ لأنه التزم الأداء من الثمن، وقد أدى الثمن بكماله، وإذا كانت الحوالة مقيدة بالعين الذى للمحيل فى يد المحتال عليه، ثم إن المحتال له أبرأ المحتال عليه عن دينه، كان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بماله، ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه، أو مات المحتال له، ورثه المحتال عليه، لايرجع المحيل على المحتال عليه بماله.

وإذا كانت الحوالة مضافة إلى العين، فوهب المحتال له العين من المحتال عليه[1]، ملكه المحتال عليه، وهذا الفصل مشكل؛ لأن المحتال له بالحوالة لم يملك العين على ما ذكرنا قبل هذا، فكيف يملك المحتال عليه بتمليك المحتال له؟

١٦٦٥٢- وأما الحوالة المقيدة بالدين الذى للمحيل على المحتال عليه صورتها: رجل له على رجل ألف درهم أحال المطلوب للطالب بالألف على رجل للمطلوب عليه

(١) وفى الأصل: دينه مكان "العين".

ألف درهم دين على أن يؤديها من الألف التى للمطلوب عليه، ثم إن المحتال له أبرأ المحتال عليه من دينه، صح الإبراء، وكان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه، ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه، أو مات المحتال له، وورثه المحتال عليه، لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه. والفرق بينهما أن الهبة من أسباب الملك، والإرث كذلك، ألا ترى أن المغصوب منه لو وهب المغصوب من الغاصب ملك الغاصب، وألا ترى أن الحوالة إذا كانت على رجل لا دين للمحيل عليه، وهب المحتال له الدين من المحتال عليه ملكه المحتال عليه حتى كان له أن يرجع على المحيل، فعلم أن الهبة من أسباب الملك، فملك المحتال عليه ما فى ذمته بالهبة، فيعتبر بما لو يملك بالأداء ولو ملكه بالأداء لا يرجع المحيل عليه بدينه لو رجع عليه بدينه، كان للمحتال عليه أن يرجع بمثل ذلك، فلا يقيد الرجوع أما الإبراء، فليس من أسباب الملك بدليل عكس ما ذكرنا، فلم يملك المحتال عليه من ضمان المحتال له، وهو الشاغل لدين المحيل، فيبقى دين المحيل فى ذمة المحتال عليه بلا شاغل، وكان له أن يرجع بذلك عليه.

واستشهد محمد فى الكتاب بمسألة الكفالة إيضاحًا لمسألة الحوالة، فقال: ألا ترى أن المديون لو أمر مديونه أن يكفل عنه لغريمه بكذا وكذا على أن يؤدى مماله عليه من الدين، فكفل ثم إن المكفول له أبرأ الكفيل عن الدين، كان للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بدينه، ولو وهب المكفول له الدين من الكفيل لا يكون للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بدينه، وما افترقا إلا لما قلنا.

١٦٦٥٣- وإن قبل الحوالة بغير أمر الأصيل، وأدى أو وهب له، أو مات المحتال له وورّثه المحتال عليه، فإنه لا يرجع على الأصيل، ولو مات المحتال له وورثه الذى عليه الأصل، كان للذى عليه الأصل أن يرجع على المحتال عليه؛ لأن بالإرث ملك دينًا لمورثه على المحتال عليه، وكان للوارث حق الرجوع على المحتال عليه حال حياته، فكذا لوارثه بعد وفاته، بخلاف ما إذا كانت الحوالة بأمر الذى عليه الأصل، وباقى المسألة بحالها حيث لا يكون للذى عليه الأصل أن يرجع على المحتال عليه.

والفرق: أن الحوالة بأمر يوجب الرجوع للمحتال عليه، فلو رجع المحيل على المحتال عليه بحكم الإرث لرجع المحتال عليه على المحيل بمثله بحكم الكفالة، فلا يفيد

الرجوع، أما الحوالة بغير أمر فلا يوجب الرجوع للمحتال عليه على الأصيل، فلو رجع الأصيل عليه بحكم الإرث، لا يرجع هو على الأصيل بحكم الكفالة، فكان الرجوع مفيدًا.

ولو كان مكان الحوالة كفالة، بأن كفل رجل عن رجل لغريمه بألف درهم بغير أمره، ثم مات المكفول له، وورثه الكفيل، لا يرجع على المكفول عنه، بخلاف ما إذا كانت الحوالة بأمره؛ لأنه ملك ما في ذمته بالهبة، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء، وهناك الجواب على هذا التفصيل، فههنا كذلك.

ولو مات المكفول له، وورثه المكفول عنه، فالمكفول عنه لا يرجع على الكفيل، بخلاف فصل الحوالة، والفرق أن الكفالة لا توجب براءة الأصيل عن المال، فملك الأصيل ما في ذمته بالإرث، فيبرأ؛ لأن في ملك ما في ذمته يبرأ، ويسقط عنه، وإذا برئ الأصيل برئ الكفيل، فكيف يرجع عليه، فأما الحوالة فتوجب براءة الأصيل وبالإرث يملك ما في ذمة المحتال عليه لمورثه، ويقوم مقامه في المطالبة والاستيفاء إذا كان الاستيفاء مفيدًا، وإذا كانت الحوالة بغير أمره، فالاستيفاء مفيد، بخلاف ما إذا كان بأمره، فهذا هو الفرق.

١٦٦٥٤- وإذا وقعت الحوالة مقيدة بالدين الذى للمحيل على المحتال عليه، فمات المحيل قبل أن يقبض المحتال له شيئًا من المحتال عليه وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالا غير الألف التى له على المحتال عليه، فالمحتال له لا يكون أخص بها استحسانًا، بل يقسم بينه وبين سائر غرماء المحيل بالحصص؛ لأن المحتال له بعقد الحوالة لم يملك الألف التى للمحيل على المحتال عليه لما مر، والكلام في هذه المسألة أظهر؛ لأن تمليك الدين من غير مَن عليه الدين لا يجوز، وبه يقع الفرق بين المحتال له وبين المرتهن؛ لأن المرتهن ملك المرهون يدًا وحسًا، وثبت له نوع اختصاص بالمرهون لم يثبت لغيره، فلا يكون لغيره أن يشاركه.

فإن قيل: ينبغى أن لا يكون للمحتال له حق المشاركه مع غرماء المحيل؛ لأنهم أخذوا دين المحيل والمحتال له بالحوالة، صار غريمًا للمحتال عليه، ولم يبقَ غريمًا للمحيل والمحتال عليه حى قائم.

قلنا : لو لم يكن له مشاركتهم ابتداء شاركهم انتهاء . بيانه : أن غرماء المحيل إذا أخذوا ذلك الدين من المحتال عليه تبطل الحوالة لكون الحوالة مقيدة بذلك المال ، ويعود الدين إلى ذمة المحيل ، ويصير المحتال له غريم المحيل ، فيشاركهم فى الابتداء قصرًا للمسافة بالحصص . ثم إذا قسم ذلك المال بين غرماء المحيل ، وأخذ المحتال له حصته ، لا يكون للمحتال له أن يرجع على المحتال عليه ببقية دينه ؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك الدين ولم يبقَ الدين ، فتبطل الحوالة .

١٦٦٥٥- وإذا وقعت الحوالة مقيدة بالألف التى للمحيل على المحتال عليه ، فلم يؤد المحتال عليه شيئًا حتى مرض المحيل ، ثم أداها إلى المحتال له ، ثم مات المحيل من مرضه ، وعليه ديون ولا مال له سوى تلك الألف ، سلمت الألف للمحتال له لا حق لغرماء المحيل فيها ؛ لأن الألف المقبوض مال المحتال عليه لا مال المحيل لما عرف أن الدين تقضى بأمثالها لا بأعيانها ، ولا حق لغرماء المحيل فى مال المحتال عليه ، فلهذا سلّم الألف للمحتال له ، ويؤخذ ألف أخرى من المحتال عليه ، ويقسم بين غرماء المحيل والمحتال عليه أحدهم ؛ لأن المحتال عليه قضى دين المحيل من مال نفسه بأمر المحيل ، فاستوجب الرجوع على المحيل والمحيل على المحتال عليه مثل ذلك ، فوقعت المقاصة بينهما ، وصار المحتال عليه مستوفيًا ما استوجب على المحيل بحكم المقاصة فى مرض موت المحيل ، والاستيفاء بالمقاصة كالاستيفاء معاينة . ولو استوفى معاينة ، وعلى المحيل ديون كثيرة لا تختص به ، بل لسائر الغرماء أن يشاركوه ، وهو يكون أسوة لهم ، فههنا كذلك ، فيؤدى المحتال عليه حقوقهم ، ويسلم له حصته .

١٦٦٥٦- مكاتب أحال مولاه ببدل الكتابة على رجل له عليه دين ، أو له فى يده وديعة ، أو غصب إلا أنه لم يقيد الحوالة ، بل أطلق إطلاقًا ، فالحوالة باطلة . وهذا لأن المحتال عليه بعقد الحوالة يصير ضامنًا ، وضمان بدل الكتابة باطل حتى لا تصح الكفالة به ، فكذلك الحوالة . وإن قيّد الحوالة بماله عنده ، أو عليه ليؤديها من ذلك ، صحت وطريق التصحيح أن يجعل المحتال عليه وكيلا بدفع ما عنده ، أو عليه إلى المولى على جهة أداء بدل الكتابة ، والتوكيل بأداء بدل الكتابة صحيح ، ويكون معنى الضمان تبعًا ، والعبرة للأصل لا للتبع .

١٦٦٥٧- وإذا صحت الحوالة بالطريق الذى قلنا، برئت ذمة المكاتب عن بدل الكتابة حكمًا للحوالة، وعتق المكاتب؛ لأن عتق المكاتب معلق ببراءة ذمته عن بدل الكتابة، وقد حصلت البراءة، فإن توى ما على المحتال عليه، أو ما عنده من الوديعة كان للمولى أن يأخذ المكاتب بالمال؛ لأن الحوالة قد بطلت، فانتقضت البراءة، وعاد الدين إلى المكاتب إلا أنه لا يرد العتق؛ لأن العتق بعد صحته وبقاءه لا يقبل الرد والنقض، وهو نظير ما لو أدى المكاتب بدل الكتابة حتى حكم بعتقه، ثم وجده المولى زيوفًا أو نبهرجة، كان له أن يرده، ويستبدل مثله، ولاينتقض العتق، وطريقه ما قلنا، وإن استحقت الوديعة أو الغصب، فالمكاتب مكاتب على حاله؛ لأن بالاستحقاق تبين أن الحوالة لم تصح، وأن البراءة لم تقع، وإذا لم يبرأ عما عليه، لا يعتق.

هذا إذا أحال المكاتب مولاه، فأما إذا أحال المولى غريمًا من غرماءه على المكاتب، فإن أطلق الحوالة لا يجوز؛ لأن المحتال عليه ضامن، وضمان المكاتب باطل حتى لاتصح كفالته، وإن قيّد الحوالة ببدل الكتابة يجوز، وطريق الحوالة أن يصير غرماء المولى وكيلا عن المولى بقبض بدل الكتابة، والتوكيل بقبض بدل الكتابة جائز، ولا يعتق المكاتب قبل الأداء؛ لأن عتقه معلق ببراءة ذمته عن بدل الكتابة، ولم تبرأ ذمته عن بدل الكتابة، ولم تبرأ ذمة المكاتب ههنا؛ لأن غريم المولى قائم مقام المولى فى المطالبة ببدل الكتابة، فإن مات المولى قبل الأداء وعليه ديون كثيرة، فالمحتال له يحاصّ سائر الغرماء فى ما على المكاتب؛ لأن بمجرد الحوالة لم يصر المحتال له مختصا بذلك المال، فيكون أسوة لسائر الغرماء فيه.

١٦٦٥٨- وإذا كانت الحوالة مقيدة بالدين الذى للمحيل على المحتال عليه، فالمحيل لا يستطيع أن يأخذ من المحتال عليه دينه، وكذلك لا يملك إبراءه وهبته منه؛ لأنه يثبت للمحتال له حق أن يستوفى دينه من الدين الذى للمحيل على المحتال عليه بسبب إضافة الحوالة إليه، وهذا الحق يبطل على المحتال له متى قبض الدين منه، أو أبرأه، أو وهب الدين له؛ لأن حق الاستيفاء من ذلك الدين إنما يثبت للمحتال له بسبب الحوالة، والحوالة تبطل متى قبض المحيل الدين من المحتال عليه، أو وهبه منه أو أبرأه، وإذا كان هذا التصرف من المحيل تبطل على المحتال له حق الاستيفاء من الدين الذى للمحيل على المحتال عليه، صار المحيل ممنوعًا عنه، وقد مرّ شيء من هذا.

الفصل الثالث

فى بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة وعدم بطلانها

١٦٦٥٩- إذا أحال المولى غريمًا من غرماءه على المكاتب حوالة مقيدة ببدل الكتابة، ثم إن المولى أعتق المكاتب حتى سقط بدل الكتابة عنه، لا تبطل الحوالة استحسانًا، وبه أخذ علماءنا الثلاثة، وفى القياس: تبطل الحوالة، وبه أخذ زفر، وعلى هذا الخلاف إذا باع عبدًا من رجل بألف درهم، ثم إن البائع أحال غريمًا له على المشترى حوالة مقيدة بالثمن، فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن، أو رد العبد بخيار رؤية، أو خيار شرط، أو بخيار عيب قبل القبض أو بعد القبض، لا تبطل الحوالة عند علماءنا الثلاثة استحسانًا، وقال زفر: تبطل الحوالة.

ولو استحق العبد المبيع أو استحق الدين الذى قيد به الحوالة من جهة الغرماء، أو ظهر أن العبد المبيع كان حرًا، تبطل الحوالة بالإجماع. وجه القياس أنه فات ما تعلق به الحوالة، فتبطل الحوالة، كما فى فصل الاستحقاق والحرية. وجه الاستحسان أن ما تعلق به الحوالة لم يفت.

بيانه من وجهين: أحدهما: أن الحوالة لا تعتبر متعلقة بمثل ما أضيف إليه الحوالة من الدين متى سقط الدين بعد الوجوب بسبب فسخ المداينة، لا مقصودًا بالهبة أو الإبراء، ولايعتبر متعلقة بعين ذلك الدين، وتعتبر متعلقة بعين ما أضيف إليه الحوالة من الدين إذا ظهر أن الدين لم يكن واجبًا وقت الحوالة، أما باستحقاق المبيع أو بظهوره حرًا، وسقط بعد الوجوب مقصودًا بالهبة أو الإبراء، وقد قررنا هذا الكلام فى كتاب الكفالة، فكذا فى الحوالة؛ لأن كل واحد من التصرفين ينعقد تبرعًا ابتداء، وينعقد معاوضة انتهاء متى كان بأمر الأصيل.

الوجه الثانى: أن للحوالة المقيدة طرفان، طرف الوجوب وطرف الاستيفاء، وطرف الوجوب يتعلق بدين واجب، أو مال موجود، وقد صادف الحوالة دينًا واجبًا فى هذه المسائل، فصحت وثبت الوجوب وطرف الاستيفاء، وهو يعين هذا الدين بقبض

مال المديون ، وما يتعين بالقبض من مال المديون لم يفتِ ، والمعتبر فى بقاء الحوالة الثابتة الطرف الثانى ، فوجب القبول بالبقاء بخلاف ما إذا استحق العبد ، أو وُجد حرّا ؛ لأن طرف الوجوب هناك قد بطل ؛ لأنها لم تصادف دينًا واجبًا . وإذا لم تبطل الحوالة فى مسألة المكاتب استحسانًا ، وأدى المكاتب بدل الكتابة إلى المحتال له ، رجع بها على المولى ؛ لأنه أدى دين المولى بأمره ، إلا أن قبل العتق لا يرجع على المولى ؛ لأن للمولى عليه بدل الكتابة ، فلو رجع هو على المولى ، رجع المولى عليه بمثله من بدل الكتابة ، فلا يفيد الرجوع ، وهذا المعنى زال بالإعتاق ، فيكون له الرجوع .

١٦٦٦٠- وإذا كانت الحوالة مقيدة بألف درهم هى وديعة فى يد المحتال عليه ، أو غصب ، فهلكت الوديعة فى يد المحتال عليه ، بطلت الحوالة ، وعاد الدين إلى المحيل ؛ لأن بالهلاك فات شرط البقاء لفوات ما يعين الاستيفاء . ولو هلك المغصوب فى يد المحتال عليه ، لا تبطل الحوالة ؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف وهو الضمان ، والضمان يقوم مقام المضمون ، فكان المغصوب قائمًا معنىً ، فما تقيد به الحوالة لم يفت ، أما الوديعة هلكت لا إلى خلف ؛ لأنها أمانة فى الأصل ، وبالحوالة لا تخرج من أن يكون أمانة ؛ لأن الحوالة تتضمن صيرورة المودع مأموراً بتسليمها إلى المحتال له ، وبهذا لا تخرج من أن يكون أمانة ، وهلاك الأمانة فى يد الأمين لا توجب ضمانًا ، فما تفيد به الحوالة فات صورةً ومعنًى .

١٦٦٦١- وكذلك لو قال المودع : ضاعت الوديعة ، وحلف على ذلك ، بطلت الحوالة ؛ لأنه بقى أمينًا بعد الحوالة ، فالقول فى هلاك الأمانة قول الأمين ، فقبل قوله ، وصار الهلاك الثابت بقوله كالثابت عيانًا . وإن استحقت الوديعة أو استحق الغصب ، بطلت الحوالة ؛ لأن بالاستحقاق يفوت شرط الوجوب والاستيفاء جميعًا .

الفصل الرابع
فى دعوى المحتال عليه أن المال من ثمن خمر أو ربا

١٦٦٦٢- قال محمد : إذا احتال رجل عن رجل بأمره لرجل بألف درهم، فغاب المحيل، وجاء المحتال له يطالب المحتال عليه بالمال، فقال المحتال عليه : إن الألف التى له على المحيل كان من ثمن خمر، لا يسمع دعواه، ولو أقام البينة على ذلك لا يسمع بينته على ذلك أيضًا، وقد ذكرنا ذلك فى فصل الكفالة، فكذا فى فصل الحوالة، ولو دفع المحتال عليه المال إلى المحتال له، وجاء المحتال عليه يخاصم المحيل، فقال المحيل : إن الألف التى أحلت بها عليك لفلان من ثمن خمر فلا خصومة مع المحتال عليه، ولو أقام بينة على ما ادعى، لا تسمع بينته، ويقال للمحيل : أدّ الألف إلى المحتال عليه، واتبع المحتال له، وخاصم معه؛ لأن من حجة المحتال عليه أن يقول : أما أنا أديت بأمرك عنك، ومن أدى مالا عن غيره بأمره، كان للمؤدى الرجوع على الآمر، سواء كان عليه دين أو لم يكن.

ولو حضر المحتال له، وخاصمه المحيل، وأقام البينة على أن الألف ثمن خمر، قبلت بينته، وكان للمحتال عليه الخيار، إن شاء رجع بالمال على المحيل، وإن شاء رجع به على المحتال له؛ لأنه دفع إليه بحكم كفالة فاسدة.

ولو أن المحتال له أقر بين يدى القاضى أن ماله من ثمن خمر، فلا خصومة للمحتال له مع المحتال عليه، فإن حضر المحيل، وقال : لا، بل المال قرض، لزمه المال إن صدقه المحتال له فى ذلك، ولكن لا يلزم المحتال عليه شىء؛ لأن المحتال عليه قد برئ من الحوالة بالإقرار السابق، وتصادقهما بعد ذلك على المال يعتبر حجة فى حق المحتال عليه.

١٦٦٦٣- ولو أن مسلمًا باع من مسلم خمرًا بألف درهم، ثم إن البائع أحال مسلمًا على المشترى حوالة مقيدة بأن قال : أحلت فلانًا عليك بالألف التى لى عليك، ثم اختلفوا فقال المحتال عليه، وهو المشترى : الألف كان من ثمن خمر، وقال المحيل -

وهو البائع- : كان من ثمن متاع، فالقول قول البائع المحيل؛ لأن المحيل عليه مشترٍ يدعى فساد العقد، والبائع ينكر فساد العقد، ويدعى جوازه، والقول قول من يدعى جواز العقد، فإن أقام المحتال عليه بينة على المحيل بذلك، قبلت بينته؛ لأنه مشترٍ يدعى فساد العقد، وأثبت بالبينة فلابد من القضاء بالفساد، وإذا وجب القضاء بالفساد بطلت الحوالة؛ لأن الحوالة كانت مضافة إلى الدين للمحيل على المحتال عليه، وقد ظهر أنه لا دين على المحتال عليه؛ لأن ثمن الخمر لا يصير دينًا على المسلم للمسلم، فلم يصح الحوالة، وإن لم تكن الحوالة مقيدة، بل كانت مطلقة، بأن قال البائع للمشترى: أحلت فلانًا عليك بألف درهم، لا تبطل الحوالة، وإن أثبت المشترى على المحيل أن الألف التى عليه كانت من ثمن خمر؛ لأن أكثر ما فيه أنه ظهر أنه لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين إلا أن وجوب الدين على المحتال عليه ليس بشرط لصحة الحوالة المطلقة، ولا كذلك الحوالة المقيدة، فقد فرقّ بين الحوالة المضافة إلى الدين وبين البيع المضاف إلى الدين، فإن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بالدين الذى لك علىّ، ثم ظهر أنه لا دين، فالبيع جائز. وقال فى الحوالة المقيدة بالدين إذا ظهر أنه لا دين تبطل الحوالة.

والفرق: أنا نعتبر الحوالة المضافة إلى الدراهم الدين بالحوالة المضافة إلى الدراهم العين، بأن كان للمحيل عند المحتال عليه دراهم وديعة، أضاف الحوالة إليها، وهناك الحوالة تتعلق بتلك الدراهم حتى لو هلكت تلك الدراهم بطلت الحوالة، كذا هنا، ويعتبر البيع المضاف إلى الدراهم الدين بالبيع المضاف إلى الدراهم العين وهناك البيع لا يتعلق بعينها، بل يتعلق بمثلها دينًا فى الذمة، كذا ههنا -والله أعلم-.

الفصل الخامس
فى الصرف بصورة الحوالة

١٦٦٦٤- قال فى "الجامع" : رجل له على رجل مائة درهم نبهرجة، وللمديون على رجل مائة درهم جياد، فأحال الذى عليه النبهرجة صاحب النبهرجة على الذى عليه الجياد بدراهم جياد نقد[1] بيت المال مكان الدراهم النبهرجة على أن يأخذها من الدراهم الجياد التى له عليه بدراهمه النبهرجة، والمحتال عليه غائب، فبلغه الحوالة، فأجازها، فالحوالة باطلة قياسًا واستحسانًا، وإن كان المحتال عليه حاضرًا، وقبل الحوالة، جاز استحسانًا، والقياس أن لايجوز؛ لأن التصرف المأتى به إن كان حوالة لفظًا، فهو مصارفة معنى؛ لأن الحوالة أن يحيل المحيل بعين ما وجب عليه على غيره، ولم يوجد ذلك ههنا؛ لأن الذى على المحيل النبهرجة، وقد أحال على غيره بالجياد، والجياد لا تصير حقا لصاحب النبهرجة بالحوالة، وإنما يصير له بالمصارفة، فهو معنى قولنا: إن التصرف المأتى به مصارفة معنى، وقد شرط فيه حوالة رجل بعينه، وهو الذى عليه الجياد، فيعتبر بالمصارفة لفظًا ومعنى إذا شرط فيها حوالة رجل بعينه، وهناك إن كان المحتال عليه غائبًا، فبلغه الحوالة، فأجازها لا تجوز قياسًا واستحسانًا، وإن كان حاضرًا، ورضى بها جاز استحسانًا، فهذا كذلك.

فإن قيل: ينبغى أن لا تجوز هذه المصارفة وإن كان المحتال عليه حاضرًا، ورضى بها؛ لأن هذه مصارفة معنى بدين على غيره.

قلنا: المحيل ما شرط للمحتال له المائة الجياد التى له على المحتال عليه حتى تكون مصارفة بدين على غيره، وإنما ذكر مائة درهم جياد مرسلة فى ذمته غير مضافة إلى الدراهم التى للمحيل على المحتال عليه، فإن موضوع المسألة أن الذى عليه النبهرجة أحال صاحب النبهرجة على الذى عليه الجياد بدراهم جياد مكان دراهمه النبهرجة، ثم قال: على أن يأخذها منه من الدراهم الجياد التى عليه، فقوله على أن يأخذها من

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل: "فقد ثبت المال".

الدراهم الجياد كان بعد تمام الحوالة بالجياد، فلا يكون هذا مصارفة بدين على غيره، فإن لم يفارق المحتال له المحيل، وفارقهما المحتال عليه قبل قبض المحتال له المائة، لا يبطل الصرف؛ لأن عقد الصرف جرى من المحيل والمحتال له، لا من المحتال عليه، وفرقه من ليس بعاقد لا توجب بطلان الصرف.

١٦٦٦٥- ولو فارق المحيل المحتال له قبل قبض المحتال له المائة، بطل عقد الصرف؛ لأن عقد الصرف جرى بين المحيل والمحتال له، وفرقة العاقد توجب بطلان الصرف، وإذا بطل الصرف بطلت الحوالة؛ لأن الحوالة كانت مشروطة فى الصرف، وإذا بطلت الحوالة عادت الدراهم النبهرجة على المحيل؛ لأن الحوالة إذا بطلت صار الحال بعد عقد الحوالة كالحال قبلها. فإن قضى المحتال عليه المحتال له الدراهم الجياد على الحوالة الأولى، برئ المحتال عليه؛ لأن فى الحوالة أمر بأداء ما عليه إلى المحتال له، فالحوالة انتقضت بفساد الصرف بقى الأمر بأداء ما عليه، فإذا أدى، فقد حصل الأداء بحكم الآمر، فلهذا قال: برئ المحتال عليه.

ونظير هذا ما قال محمد: فيمن اشترى من آخر عبداً بثمن معلوم، وأمر رجلا بالكفالة عنه بذلك، أو بقبول الحوالة عنه بذلك، ثم أدى الكفيل أو المحتال عليه، ثم استحق العبد، أو ظهر أنه كان حرّا، رجع الكفيل والمحتال عليه بما أديا على المشترى، وإن بطلت الحوالة والكفالة، وطريقه ما قلنا. وإذا بقى الأمر بأداء ما عليه، فإذا أدى، فقد حصل الأداء بحكم الآمر، فلهذا قال: برئ المحتال عليه، ثم قال: وللمحيل أن يرجع على المحتال له، فيأخذ منه الجياد، ويعطيه النبهرجة؛ لأن المحتال له قبض الجياد من المحتال عليه بإذن المحيل بحكم صرف فاسد، فيعتبر بما لو قبضها من المحيل بحكم صرف فاسد، وهناك الجواب كما قلنا.

وإن لم تكن المائة للمحيل على المحتال عليه المائة، وباقى المسألة بحالها، فللمحتال عليه أن يرجع على المحيل بالمائة الجياد؛ لأن الحوالة إن بطلت بقى الأمر بالأداء، فحصل الأداء بأمر المحيل، فكان له حق الرجوع عليه.

١٦٦٦٦- قال فى "الجامع" أيضًا: رجل له على رجل مائة درهم أحاله المديون بها على رجل للمحيل عليه مائة حالة إلى سنة يريد به أن الحوالة كانت إلى سنة، وأن

التأجيل فى دين الحوالة لا فى دين المحيل على المحتال عليه على أن يعطيها إياه من المائة التى له عليه، قال: الحوالة جائزة، وتكون الحوالة إلى سنة؛ لأن هذا التصرف حوالة لفظًا أو معنى، وليس بمصارفة أصلا؛ لأن المحيل أحال بعين ما كان واجبًا عليه على غيره، والحوالة كما تجوز حالة، تجوز مؤجلة بخلاف المسألة الأولى؛ لأن فى تلك المسألة المحيل لم يحل بعين ما كان عليه، وكان ذلك صرفًا معنى، أما ههنا بخلافه، فإن إبراء المحتال له المحتال عليه فى هذه الصورة من دينه قبل محل الأجل، فللمحيل أن يرجع على المحتال عليه بالمائة حالا؛ لأن دين المحيل على المحتال عليه كان حالا فى الأصل، وبالحوالة وجب دين آخر على المحتال عليه للمحتال إلى سنة، فصار دين المحيل على المحتال عليه مشغولا بذلك الدين، وبالإبراء زال ذلك الشغل، فعاد الأمر إلى ما كان قبل الحوالة.

١٦٦٦٧- قال فى "الجامع" أيضًا: رجل كفل عن رجل بمائة، فأحال الكفيل الطالب بها على رجل، فقد برئ الكفيل، والذى عليه الأصل؛ لأن الحوالة مضافة إلى ما للمحيل من الدين، ودينه قبل الكفيل والأصيل، فانصرف مطلق الحوالة إلى ما عليهما جميعًا عن الدين، فإن توت المائة على المحتال عليه بموته مفلسًا عاد المال على الذى كان عليه الأصل وعلى الكفيل جميعًا، يأخذ الطالب أيهما شاء؛ لأن الحوالة تنتقض بموت المحتال عليه مفلسًا، فيصير الحال بعد انتقاض الحوالة كالحال قبلها، ولو كان الكفيل أحال الطالب بالمائة على أن أبرأه منها يريد به إبراء الكفيل من المائة، فللطالب أن يأخذ الذى عليه الأصل والمحتال عليه؛ لأن الكفيل لما شرط براءة نفسه علم أنه قصد بالحوالة الحوالة بما عليه من الدين لا بما على الأصيل، فبقى الدين على الأصيل، فإن مات المحتال عليه مفلسًا فى هذ الصورة، فللطالب أن يأخذ الكفيل أيضًا؛ لأن الحوالة قد انتقض، وعاد الأمر إلى ما كان قبل الحوالة.

١٦٦٦٨- ولو أن رجلا قال للطالب متطوعًا: احتل علىّ بهذا المال، ففعل، فالحوالة عن الأصيل والكفيل جميعًا.

ولو قال: احتل علىّ على أن يبرأ الكفيل، كانت الحوالة عن الكفيل، ولا يبرأ الذى عليه الأصل؛ لأن فى الوجه الأول قبل الحوالة عنهما، وفى الوجه الثانى قبل

الحوالة عن الكفيل خاصة على ما بينا.

١٦٦٦٩- رجل له على رجل ألف درهم نبهرجة، وللمديون على رجل ألف درهم جياد، أحال من عليه النبهرجة من له النبهرجة على غريمه ليعطى له النبهرجة، وتكون الجياد للمحتال عليه، فهذه الحوالة باطلة قياسًا واستحسانًا. وإن كان المحتال عليه حاضرًا وقبل الحوالة؛ لأن هذا صرف جرى بين المحيل والمحتال عليه بشرط أن يحيل المحيل غريمه على المحتال عليه ببدل الصرف والبيع بشرط أن يحيل البائع غريمًا من غرماءه بالثمن على المشترى باطل قياسًا واستحسانًا، وإنما قلنا: ذلك لأن المحيل شرط للمحتال عليه الجياد مكان النبهرجة، وهذا معنى المصارفة، وإنما شرط ذلك ليحيل غريمه، فهو معنى قولنا: هذا صرف جرى بين المحيل والمحتال عليه بشرط أن يحيل المحيل غريمه عليه ببدل الصرف. فإن أعطى المحتال عليه على هذه الحوالة ألفًا نبهرجة، رجع بها على المحيل إن شاء؛ لأن الحوالة إن فسدت بقى الأمر بالأداء، فما أدى المحتال عليه أدى بأمر المحيل، وإن شاء وضع على المحتال له؛ لأنه أعطاه بحكم ضمان فاسد، وإذا رجع على المحيل بالنبهرجة، فالمحيل يرجع عليه بالجياد؛ لأن حق المحيل قبل المحتال عليه كان فى الجياد.

١٦٦٧٠- ولو صالح المحيل المحتال عليه قبل الحوالة على ألف نبهرجة على أن يحيل بها عليه من له النبهرجة، فأحاله بها عليه، فهو جائز، وبرئ المحتال عليه من الجياد، وصار عليه ألف درهم نبهرجة للمحتال له، وإنما جاز هذا التصرف؛ لأن المحيل أبرأ المحتال عليه عن الجودة على أن يحيل عليه بالباقى غريمًا من غرماءه، والبراءة مما يبطلها الشروط الفاسدة.

بيان ذلك: أن فى الصلح معنى الإسقاط، ومعنى التمليك، فلئن تعذر تصحيح هذا التصرف بهذا الشرط من حيث إنه تمليك؛ لأن البيع لا يجوز بهذا الشرط أمكن تصحيحه من حيث إنه إبراء وإسقاط، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ثمة باع الجياد من المحتال عليه بشرط أن يحيل غريمًا من غرماءه عليه، والبيع تمليك محض، ليس فيه معنى الإسقاط، والتمليك بهذا الشرط لا يجوز. فإن مات المحيل فى هذه الصورة وعليه ديون كثيرة سوى دين المحتال له، يؤخذ من المحتال عليه الألف النبهرجة، ويقسم بين

المحتال له وبين سائر الغرماء؛ لما مر قبل هذا.

١٦٦٧١- ولو كان المحيل قال للمحتال عليه: أحلت المحتال له عليك بالنبهرجة لتعطيه إياه من الجياد، أو قال: لتعطيه الجياد التى عليك وتراضوا عليه، كانت الحوالة باطلة، سواء كان المحتال له حاضراً أو كان غائبًا، فقيل قياسًا واستحسانًا، وإنما بطلت الحوالة؛ لأنها مصارفة معنى إن كانت حوالة لفظًا جرت بين المحيل والمحتال له بدين للمحيل على المحتال عليه.

بيانه: أن المحيل اشترى الألف النبهرجة التى فى ذمته للمحتال له بألف جياد له دين على المحتال عليه؛ لأنه شرط للمحتال له زيادة وصف لا يسلم له إلا بالشرط، وهو وصف الجودة؛ لأنه قال: على أن يعطيها من الدراهم الجياد، والصرف بدين على غيره لا يجوز، ولو كانت الجياد عند المحتال عليه غصبًا، أو وديعة، وهى قائمة، فأحال المحيل صاحب النبهرجة على المستودع أو على الغاصب، فقال المحيل للمحتال عليه: أحلته عليك بالجياد لتعطيها له بالنبهرجة، فالحوالة جائزة إن قبضها المحتال له قبل أن يفارق المحيل.

١٦٦٧٢- وكذلك إذا قال المحيل للمحتال له: قد أحلتك بالدراهم النبهرجة على فلان ليعطيك بها دراهم جيادًا عنده، فالحوالة جائزة إن قبضها المحتال له قبل أن يفارق المحيل؛ لأن هذه مصارفة معنى جرت بين المحيل والمحتال له مضافة إلى دراهم بعينها وهى وديعة، أو غصب للمشترى عند غيره، والشراء حقيقة على هذا الوجه جائز، ومتى جازت هذه المصارفة إن قبضها المحتال له قبل أن يفارق المحيل، مضت على الجواز، وإن افترقا قبل القبض، بطلت المصارفة، وإن لم يفترقا، ولكن فارقهما المودع أو الغاصب، فالحوالة ماضية؛ لأنه ليس بعاقد.

١٦٦٧٣- رجل له على رجل ألف درهم جياد، وللمديون على رجل آخر ألف درهم نبهرجة، أحال الذى عليه الجياد صاحب الجياد على الذى عليه النبهرجة على أن يعطيه النبهرجة، فيكون له من الجياد، فهذا جائز؛ لأن المحتال له أبرأ المحيل عن الجودة بشرط أن يحيله بالباقى على غريمه، ولو أبرأ المحيل عن بعض الوزن على أن يحيله بالباقى على غريمه جاز، كذا هذا، وصارت هذه المسألة فى الحاصل كأنّ المحتال له قال

للمحيل : صالحتك عن الجياد على النبهرجة على أن تحيلني بالنبهرجة على غريمك، وهذا لأنهما إن لم يتصادقا على الصلح، فقد ذكرا معنى الصلح؛ لأن المحتال له لما قبل الحوالة بالنبهرجة مع أن حقه في الجياد فقد حطّ بعض حقه عن المحيل، وهو الجودة والصلح يبتنى على ذلك، فقد ذكرا معنى اللفظ، وذكر معنى اللفظ والتنصيص عليه سواء، فإن مات المحتال عليه مفلسًا رجعت الدراهم على المحيل نبهرجة، وإن انتقضت الحوالة إلا أن الانتقاض لا يظهر في حق الساقط، وحق صاحب الجياد قد سقط عن الجودة بإسقاطه، فلا يظهر الانتقاض في حقها.

١٦٦٧٤- رجل له على رجل ألف درهم، وللمديون على رجل مائة دينار، أحال الذي عليه الدراهم غريمه على الذي عليه الدنانير على أن يعطيه الدنانير التي عليه من الدراهم، أو على أن يعطيه الدراهم من الدنانير التي عليه، فالحوالة باطلة؛ لأن هذا التصرف صرف معنى؛ لأن المحيل أحال المحتال بالدنانير، وحق المحتال له في الدراهم والدنانير إنما تصير حق صاحب الدراهم بالمصارفة، فيصير المحيل مشتريًا الدراهم التي عليه بالدنانير التي له على المحتال عليه، والصرف بدين له على غيره باطل، حتى لو كانت الدنانير للمحيل في يد المحتال عليه غصبًا، أو وديعةً، وهي قائمة بعينها، وباقي المسألة بحالها، كانت الحوالة جائزة؛ لأن هذه مصارفة جرت بين المحيل والمحتال عليه مضافة إلى دنانير عين في يد الغاصب أو المودع، وإنها جائزة -والله أعلم-.

الفصل السادس
فى الحوالة والكفالة والرهن فيها من المتطوع وغير ذلك

١٦٦٧٥- قال محمد فى "الزيادات": رجل له على رجل دين، أحال المديون رب الدين على رجل، ثم إن المحتال عليه استعار من رجل رهنًا ليرهنه بدينه، فرهنه، أو رهن أجنبى بما على المحتال عليه رهنًا بأمره أو بغير أمره، ثم مات المحتال عليه مفلسًا، كان للمحتال له أن يرجع على المحيل، فرق بين الرهن والكفيل، فإن المحتال عليه إذا أعطى المحتال له كفيلا بالمال، أو كفل رجل عن المحتال عليه بغير أمره، ثم مات المحتال عليه مفلسًا، حيث لا يكون للمحتال له أن يرجع على المحيل.

والفرق أن رجوع المحتال له على المحيل يعتمد توى ما على المحتال عليه، وفى مسألة الكفالة لم يتحقق التوى على ما مر قبل هذا. فأما فى مسألة الرهن تحقق التوى؛ لأنه لم يترك من يؤدى عنه، ولا ما يؤدى به؛ لأن الرهن لا يصير تركة المحتال عليه إذا كان ملك الغير، فكان له حق الرجوع لهذا، ثم قال: وبطل الرهن حتى كان لصاحب الرهن أن يأخذ رهنه، فقد أبطل الرهن بعد موت المحتال عليه مفلسًا، ولم تبطل الكفالة بعد موت المحتال عليه مفلسًا، وقد سقط الدين عن المحتال عليه بموته مفلسًا فى المسألتين جميعًا، وقيام الدين شرط بقاء الكفالة، كما هو شرط بقاء الرهن، واختلف عبارة المشايخ فى بيان ذلك، بعضهم قالوا: الدين لا يسقط بموت المحتال عليه مفلسًا فى مسألة الكفالة، وفى مسألة الرهن يسقط.

والفرق أن بقاء الدين ببقاء محله، وهو الذمة، وفى مسألة الكفالة ذمة المحتال عليه إن هلكت حقيقة بالموت بقيت حكمًا ببقاء خلفها، وهو ذمة الكفيل، فيبقى الدين ببقاء ذمة الكفيل، فأما فى مسألة الرهن ذمة المحتال عليه هلكت حقيقة وحكمًا، لانعدام ذمة تخلفها، فيسقط الدين، فإذا سقط الدين بطل الرهن ضرورة.

١٦٦٧٦- فإن قيل: الدين قد يبقى بدون الذمة بأن ترك الميت مالا، فإن هناك يبقى الدين حتى لو جاء إنسان وكفل به صح، قلنا: إذا ترك مالا، فالدين يبقى ببقاء

الذمة، فإن ذمة الوارث أو الوصى تخلف ذمته، ولكن خلافة ذمة الوارث أو الوصى ذمته مع أنه لم يوجد منه الاستخلاف خلاف الحقيقة، عرف ذلك شرعًا بشرط ترك المال، ولم يوجد هذا الشرط فى مسألتنا، فلم يبقَ الذمة أصلا، فلا يبقى الدين. وبعضهم قالوا: الدين إن سقط بموت المحتال عليه مفلسًا فى المسألتين جميعًا إلا أن سقوط الدين وبراءة المديون عنه لا ينافى ابتداء الكفالة، فإنه لو كفل بشرط براءة المديون عن الدين يجوز، وكذلك إذا أضاف الكفالة إلى سقوط الدين، بأن قال لآخر: إذا توى مالك على فلان فهو على، أو قال: فأنا[1] كفيل يجوز، فكذا فى الانتهاء، أما سقوط الدين وبراءة المديون عنه تنافى الرهن فى الابتداء، ألا ترى أنه لو رهن بشرط براءة من عليه لا يجوز، وكذلك إذا أضاف الرهن إلى سقوط الدين لا يجوز، فكذا فى الانتهاء.

١٦٦٧٧- واستشهد محمد فى الكتاب لبيان أن سقوط الدين وبراءة المديون عنه توجب بطلان الرهن بمسألة، فقال: ألا ترى أن المديون إذا رهن بالدين رهنًا، ثم إن المديون أحال رب الدين على رجل بالدين إنه يبطل الرهن، فكان له أن يسترد الرهن، فكذا ههنا.

ذكر مسألة الاستشهاد فى "الزيادات" فى موضعين: فى أحد الموضعين قال: له أن يسترد الرهن، وقال فى الموضع الآخر: ليس له أن يسترد الرهن، فمن مشايخنا من قال: فى المسألة روايتان، ومنهم من قال: ما ذكر أن له أن يسترد، قول محمد وما ذكر: أنه ليس له أن يسترد، قول أبى يوسف وبقول محمد أخذ أبو حازم القاضى، وبقول أبى يوسف أخذ أبو بكر القمى، قالوا: والاختلاف على هذا الوجه مذكور فى "النوادر".

فوجه الرواية التى قال فيها: له أن يسترد أن المطلوب إنما رهنه بدين نفسه، وبالحوالة برئ عن دين نفسه؛ لأن الحوالة لنقل الدين، ولهذا لا يجوز الرهن ابتداء بعد عقد الحوالة، ولو كان الدين باقيا بعد عقد الحوالة فى ذمة المحيل، لجاز الرهن.

إذا ثبت هذا، فنقول: لو بقى الرهن بعد عقد الحوالة لصار رهنًا بدين غيره، وهو

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم، ف: "فإنه".

ما رهنه بدين غيره، ألا ترى أنه لو كفل به كفيل، وباقى المسألة بحاله، يبرأ الكفيل؛ لأنه إنما كفل بدين على المطلوب، لا بدين على غيره.

وجه الرواية الأخرى: أن الدين بعد عقد الحوالة باق فى ذمة المحيل؛ لأن الحوالة فى معنى تأجيل الدين لا لنقل الدين، لما ذكرنا لمحمد فى صدر هذا الكتاب، وتأجيل الدين لايوجب بطلان الرهن. وبهذه المسألة تبين أن الصحيح ما قاله بعض مشايخنا المتأخرين: إن قول محمد: إن الحوالة لنقل المطالبة لا لنقل الدين، لم ينقل إلينا صريحًا، والأحكام فى الكتب متعارضة، وإنما لا يصح الرهن ابتداء بعد عقد الحوالة؛ لأن كون الحوالة لنقل المطالبة ليس بأمر قطعى، بل هو مجتهد فيه، والاجتهاد يحتمل الصواب والخطأ، وكان فى قيام الدين بعد الحوالة احتمالا، وكان فى شرط صحة الرهن احتمالا، والاحتمال فى شرط صحة التصرف يكفى لمنع صحة التصرف ابتداء، أما لا يكفى لمنع بقاءه على الصحة.

١٦٦٧٨- جئنا إلى أصل المسألة، فنقول: لو أن صاحب الدين لم يأخذ الرهن بعد ما مات المحتال عليه مفلسًا حتى هلك فى يد المرتهن، هلك بالدين الذى هو مضمون به، وإن سقط الدين عن المحتال عليه لموته مفلسًا؛ لأن الرهن إنما يصير مضمونًا بالقبض؛ لأن ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء بالقبض، فكان سبب الضمان القبض، فيبقى الضمان ما بقى القبض، ولأن الدين ما سقط عن المحتال عليه هنا أصلا، إنما سقط إلى عوض، وهو ذمة المحيل، وفى مثل هذا يملك الرهن مضمونًا، كما إذا صالح من الدين على عين وبالدين رهن، ثم هلك الرهن، فإنه يهلك مضمونًا، وبه يقع الفرق بين مسألتنا هذه، وبينما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن اليدين، ثم هلك الرهن فى يد المرتهن، حيث يهلك أمانة؛ لأن بالإبراء سقط الدين أصلا، وقبض الرهن إنما يصير سبب الضمان بشرط الدين، فإذا سقط الدين، فقد فات الشرط قبل الضمان، أما ههنا بخلافه.

١٦٦٧٩- ثم إذا هلك الرهن بالدين الذى هو مضمون به ينظر بعد ذلك إن كان الراهن تطوع فى الرهن لا يرجع على أحد بشىء، وإن رهن بأمر المحتال عليه، واستعار المحتال عليه شيئًا، ورهنه يتبع صاحب الرهن المحيل بالمال، فيأخذ منه؛ لأن صاحب

الرهن صار قاضيًا دين المحتال عليه بأمره، وصار المحتال عليه قاضيًا دين المحيل بأمره، فاستوجب الرجوع على المحيل بمثله، وصار ذلك تركة للمحتال عليه، فيقضى منها دين غرماءه، والراهن من جملة غرماءه، ولم يذكر من يأخذ ذلك من المحيل، واختلف المشايخ فيه: منهم من قال: صاحب الرهن، ومنهم من قال: ينصب القاضي قيّما يأخذ ذلك عن المحيل، ويدفعه إلى صاحب الرهن.

الفصل السابع
في الحوالة التي يحتال بها على الكفيل أو على الأصيل

١٦٦٨٠- قال محمد في "الزيادات": رجل له على رجل ألف درهم كفل بها كفيل بأمر الأصيل، وعلى رب الدين لرجل آخر ألف درهم، أحال رب الدين غريمه على الكفيل بدينه على أن يؤديه من المال الذي كفل به، فالحوالة جائزة، وهذه حوالة مقيدة بالدين، وبرئ الكفيل من مال الكفالة، ولا يريد به براءة مطلقة؛ لأن المحتال له بالحوالة لا يملك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه، وهو الكفيل ههنا للفقه الذي مر، وإنما يريد براءة موقتة، وهو تأخر المطالبة عنه إلى وقت بطلان الحوالة، وهذا لأن الحوالة أوجب شغلا في ذلك الدين، فأوجب ذلك انقطاع يد الطالب، وصار كالتأجيل.

توضيحه: أن الكفيل لا يرضى بمطالبة المحتال له إلا بشرط براءته عن مطالبة الطالب؛ لأنه لا يرضى بالمطالبتين، فإذا ثبتت إحداهما انتفت الأخرى، وللكفيل أن يأخذ المكفول عنه بماله؛ لأن الكفيل وإن برأ إلا أن براءة الكفيل مطلقة كانت أو موقتة من غير إيفاء لا توجب براءة الأصيل.

قال في الكتاب: ألا ترى أن صاحب المال لو أجل الكفيل سنة، كان له أن يأخذ المكفول عنه بماله، فكذلك إذا أحال عليه؛ لأن هذا بمعنى تأخر المطالبة عن الكفيل إلى وقت بطلان الحوالة، فإذا استوفى المحتال له المال من الكفيل، برئ المكفول عنه؛ لأن أداء الكفيل إلى المحتال، وهو قائم مقام صاحب المال، كالأداء إلى صاحب المال.

١٦٦٨١- ولو أراد الكفيل أن يرجع بما أدى على المحيل، ويقول: قبلت الحوالة بأمرك، ليس له ذلك؛ لأن المحتال له قائم مقام المحيل، ولو أدى الكفيل إلى المحيل لا يكون له أن يرجع بعد ذلك على المحيل، فكذا إذا أدى إلى المحتال له، ولكن يرجع الكفيل على المكفول عنه؛ لأن من حجة الكفيل أن يقول له: قد كفلت منك بأمرك، وأديت المال إلى من قائم مقام المكفول له، وهو المحتال له، ولو كنت أديت إلى المكفول

له كنت أرجع عليك، فكذا إذا أديت إلى من قام مقامه، وليس للمكفول عنه أن يحتج على الكفيل، ويقول له: إنما لزمك المال للمحتال له بسبب قبولك الحوالة، وكنت مختاراً في ذلك؛ لأن الكفيل يقول له: أصل الضمان لزمني بالكفالة والحوالة تعلقت بذلك الضمان، لكن تبدل الطالب بالحوالة، وتبدل الطالب بالحوالة لا يوجب تغير الضمان، ألا ترى لو أمر الطالب إنساناً بقبض الدين من الكفيل من غير حوالة، فقبض كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه بذلك، وقد تبدل الطالب، ولم يوجب ذلك تغير الضمان حتى كان للكفيل حق الرجوع، كذا ههنا.

ولو لم يستوفِ المحتال له المال من الكفيل، ولكن طالبه بالمال كان للكفيل أن يطالب المكفول عنه؛ لأن المحتال له قام مقام المحيل، وهو الطالب، وكانت مطالبته مطالبة الطالب، ومطالبة الطالب الكفيل توجب للكفيل على الأصيل مطالبة مثلها، فكذا مطالبة من قام مقام الطالب، ولو لم يكن شيء من ذلك حتى أخذ المحيل وهو الطالب المال من المكفول عنه، برئ المكفول عنه بأداءه، وبرئ الكفيل عن حق الكفالة حكماً لبراءة المكفول عنه، ولكن لا تبطل الحوالة عند علمائنا الثلاثة لما مر قبل هذا، حتى كان للمحتال له أن يطالب الكفيل بحكم الحوالة، وليس للكفيل أن يرجع على المكفول عنه حتى يخلصه عن مطالبة المحتال له، وكذلك إذا أدى الكفيل دين المحتال له لا يرجع بما أدى على المكفول عنه؛ لأن من حجة المكفول عنه أن يقول للكفيل: إنما بقيت في هذه الورطة بسبب قبولك الحوالة لو لا قبولك الحوالة لكنت تبرأ بأداءى، فإنما بقيت في هذه الورطة بقبولك وكنت مختاراً فيه، فلا يكون على تخليصك ولا يكون لك الرجوع عليّ بما أديت بخلاف ما إذا طولب الكفيل قبل أداء المكفول عنه لو أدى قبل أداء المكفول عنه حيث يرجع بذلك على المكفول عنه؛ لأن هناك دين الكفالة باق، وما لزم الكفيل لزمه بحكم الكفالة، لكن تبدل الطالب بالحوالة على ما مرّ، ولكن يرجع الكفيل بما أدى على المحيل، وهو الطالب؛ لأن الكفيل أدى دين المحيل بأمره، لكن قبل أداء المكفول عنه المال بنفسه إنما كان لا يرجع الكفيل على المحيل؛ لأنه لو رجع الكفيل على المحيل بدين الحوالة لرجع المحيل عليه بدين الكفالة، فلا يفيد الرجوع، أما ههنا الكفيل قد برأ عن دين الكفالة، فلو رجع على المحيل بدين الحوالة فالمحيل لا يرجع عليه بدين الكفالة، وكان الرجوع مفيداً فيرجع.

قال: ولو كانت الكفالة من الكفيل بغير أمر المكفول عنه، فهذا، وما لو كانت الكفالة من الكفيل بأمر المكفول عنه سواء إلا فى خصلة، وهو أن الكفيل إذا طولب ليس له أن يطالب المكفول عنه حتى يخلصه، وإذا أدى لا يرجع عليه، لكونه متبرعًا فى الكفالة والأداء.

١٦٦٨٢- هذا الذى ذكرنا إذا أحال الطالب غريمه على الكفيل، فأما إذا أحال الطالب غريمه على الأصيل حوالة مقيدة، جازت الحوالة؛ لأن أصل الدين عليه، فيصح تقييد الحوالة، ولا سبيل للمحتال له على الكفيل؛ لأنه لم يضمن له شيئًا، وبرئ الأصيل والكفيل عن مطالبة المحيل، ولم يرد به براءة مطلقة؛ لأن دين المحيل لم يسقط عن الأصيل، وإنما أراد به براءة موقتة، ومعناها تأخر المطالبة إلى وقت بطلان الحوالة، وإنما تأخرت المطالبة عن الأصيل لأن الحوالة أوجبت شغلا فى ذلك الدين، فيوجب انقطاع يد الطالب عنه، وإذا تأخرت المطالبة عن الكفيل بطريق التبعية، فإن أراد الطالب بعد ذلك أن يحيل غريمًا آخر من غرماءه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين، لا يجوز؛ لأن الذى على الكفيل بحكم الكفالة المطالبة، وقد برئ من المطالبة حكمًا لبراءة الأصيل، فليس على الكفيل شيء فى هذه الحوالة الحالة ليصح تقييد الحوالة، ولو أبرأ الطالب الكفيل فى هذه الحالة كان إبراءه باطلا؛ لما ذكرنا أن الذى على الكفيل بحكم الكفالة المطالبة، وقد برئ عن المطالبة حكمًا لبراءة الأصيل، فالإبراء لم يصادف محله، فلا يصح.

١٦٦٨٣- فإن مات المحيل وعليه ديون كثيرة، ولا مال له غير ما على المكفول عنه والكفيل، بطلت الحوالة، ولا يصير المحتال له أخص بذلك المال استحسانًا، وينصب القاضى وكيلا حتى يأخذ ذلك المال إن شاء من الأصيل، وإن شاء من الكفيل. وإنما لم يصر المحتال له أخص بذلك المال؛ لما ذكرنا أن دين المحيل باق على ملكه بعد الحوالة، فيصير مقسومًا بين غرماءه، والمحتال له من جملتهم، ولو لم يمت المحيل، ولكن مات المحتال عليه، وهو المكفول عنه مفلسًا بطلت الحوالة، وعاد دين المحتال له إلى المحيل، كما هو مذهبنا، ولكن للمحيل أن يطالب الكفيل؛ لأنه إلى الآن إنما كان لا يطالبه؛ لأن المطالبة قد تأخرت عنه حكمًا لتأخرها عن الأصيل بسبب الحوالة، وقد بطلت الحوالة، فارتفع التأخر، وبموت المكفول عنه مفلسًا لاتبطل الكفالة، فالأمة

أجمعت على أن الكفالة لا تبطل بموت المكفول عنه مفلسًا إن اختلفوا فى صحة الكفالة عن الميت المفلس ابتداء، فإذا أدى الكفيل رجع فى مال المكفول عنه إن كان كفل بأمره؛ لأنه أدى دينه بأمره، فيكون له حق الرجوع فى تركته، كما يكون له حق الرجوع عليه لو كان حيًّا.

١٦٦٨٤- وفى هذه المسألة نوع إشكال؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا مات المكفول عنه مفلسًا، ولو كان له مال يمكن الرجوع فيه، يظهر أنه مات مليا، وتبين أن المحيل لم يكن السبيل[1] من أن يأخذ الدين من الكفيل، فكان للكفيل أن يسترد ما أدى إليه، لا أن يرجع بما أدى على المكفول عنه. ومشايخنا صححوا ما ذكر محمد من رجوع الكفيل فى تركة المكفول عنه مع إمضاء ما جرى من الحكم ببطلان الحوالة، ورجوع المحتال له على المحيل، ورجوع المحيل على الكفيل بضرب تأويل، فقالوا: أراد محمد الرجوع فى تركة تحدث للمكفول عنه بسبب جديد لا فى تركة كانت له وظهرت الآن، وبحدوث التركة له بسبب جديد لا يتبين أنه مات مفلسًا، ولا يتبين بطلان ما جرى من الحكم.

١٦٦٨٥- ثم اختلفوا فى تصوير ذلك، منهم من قال: صورته أن يكون المحتال عليه قد قتل عمدًا حتى وجب القصاص على قاتله، وللمحتال عليه وليان عفا أحدهما بعد ما قضى القاضى بإفلاسه، ورد المال إلى ذمة المحيل حتى انقلب نصيب الآخر مالا، فهذه تركة حادثة بسبب جديد.

ومنهم من قال: صورته أن المحتال عليه قد نصب شبكة، فتعقل بها صيد بعد موته. ومنهم من قال: صورته: أن باع المحتال عليه عبدًا يساوى ألف درهم بمائة، ومات ورد المشترى العبد على وارثه بعيب، فباعه الوارث بألف درهم، وأدى المائة إلى المشترى، يبقى للميت تسعمائة، فهذا مال حادث له بسبب جديد؛ لأن الفسخ سبب جديد.

١٦٦٨٦- ولو ظهر للميت مال، كان له كدين له على مَلىّ، أو وديعة عند رجل، أو مديون، ولم يعلم القاضى به يوم موته حتى قضى ببطلان الحوالة، ويعود

---

(١) هكذا فى الأصل وكان فى ظ وف: "بسبيل".

الدين على المحيل، رد القاضي قضاءه؛ لأنه ظهر أن المحتال عليه مات مليًا، فظهر خطأ القاضي في قضاءه ببطلان الحوالة، فرد قضاءه، فبعد ذلك إن لم يكن المحتال له أخذ شيئًا من المحيل، رجع بدينه في المال الذي ظهر للمحتال عليه، وإن كان قد أخذ شيئًا من المحيل، رد عليه ما أخذ؛ لأنه تبين أن الحوالة لم تبطل، وأن المحتال له أخذ من المحيل بغير حق، وكذلك لو أدى الكفيل شيئًا إلى المحيل، رجع بما أدى على المحيل؛ لأنه تبين أن المحيل أخذ ذلك من الكفيل بغير حق لما تبين خطأ القاضي.

قال: ولو كان القاضي يعلم أن للميت دينًا على المفلس، فعلى قول أبي حنيفة: لا يقضي ببطلان الحوالة، وعلى قولهما: يقضي بناء على أن الإفلاس عند أبي حنيفة في حال الحياة لا يتحقق، فالمحتال عليه لم يمت مفلسًا، فلا يقضي ببطلان الحوالة، وعندهما الإفلاس يتحقق في حال الحياة، فالمحتال عليه مات مفلسًا، فيقضي ببطلان الحوالة.

١٦٦٨٧- ولو كان المحتال عليه حين مات مفلسًا، لم يقض القاضي ببطلان الحوالة، وعَود الدين إلى المحيل، ولكن المحيل أوفى دين المحتال له، يُجبر المحتال له على القبول، وليس الجبر على القبول في هذا الموضع خاصة، بل في كل موضع أدى المحيل دين المحتال له يجبر المحتال له على القبول، وقد مر هذا في صدر الكتاب. وإذا قبل بطلت الحوالة، ويرجع المحيل إن شاء في تركة المكفول عنه لو ظهر له مال، وإن شاء على الكفيل؛ لأن الدين واجب على الكفيل والمكفول عنه، لكن تأخرت المطالبة لصيرورة ذلك الدين مشغولا بعقد الحوالة، فإذا بطلت الحوالة زال الشغل. وإن كان الكفيل قد أدى المال إلى المحيل أولا، ثم أدى المحيل إلى المحتال له، ثم ظهر للميت مال، لم يرجع الكفيل على المحيل؛ لأن قضاء المحيل دين المحتال عليه قد صح، وبطلت الحوالة، فلو رجع الكفيل على المحيل رجع المحيل عليه بأمر بحكم الكفالة، ولا يفيد الرجوع.

١٦٦٨٨- قال: ولو لم يمت المحتال عليه، ولكن أبرأ المحتال له المحتال عليه، برئ المحتال عليه، والمحيل عن دين المحتال له، ورجع المحيل بما كان له على المحتال عليه وعلى كفيله؛ لأن بالإبراء شغل الحوالة عن الدين، فزال المانع من الرجوع،

فيرجع.

عاد إلى المسألة الأولى، فقال: إذا أحال الطالب غريمه على الكفيل حوالة مقيدة، ثم إن الطالب أخّر المال عن الأصيل سنة حتى تأخر المال عن الكفيل أيضًا، ثم إن الكفيل أدى دين المحتال له، لا يكون للكفيل على المكفول عنه سبيل؛ لأن من حجة المكفول عنه أن يقول للكفيل: لو لا قبولك الحوالة لتأخرت المطالبة عنك كما تأخرت عني، فإنما بقيت في عهدة المطالبة بقبولك الحوالة، وكنت مختاراً في ذلك، فلا يكون لك عليَّ الرجوع، ولكن ترجع بما أدى على المحيل؛ لأنه قبل الحوالة بأمره، وأدى دينه بأمره إلا إن قبل التأجيل إنما لا يرجع عليه؛ لأن للمحيل عليه مثلها، فلو رجع الكفيل على المحيل، لرجع المحيل عليه بمثله، فلايفيد الرجوع، وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأن ما للمحيل على الكفيل مؤجل، وما وجب للكفيل على المحيل بالأداء حال، فلو رجع الكفيل على المحيل، لا يكون للمحتال أن يرجع عليه، وكان الرجوع مفيداً، فلو أن الكفيل لم يأخذ المال من المحيل حتى حلّ المال على الأصيل لا يكون للكفيل أن يرجع على المحيل؛ لأنه لما حل على الأصيل حل ما على الكفيل، فلو رجع الكفيل على المحيل، رجع المحيل على الكفيل بمثله، فلا يفيد الرجوع، فلا يرجع، بل يصير ما للكفيل على المحيل قصاصًا بما للمحيل على الكفيل، وبهذه المقاصة يصير الكفيل قاضيًا دين الأصيل بأمره، فرجع على الأصيل بذلك، ولو لم يحل المال على المكفول عنه، ولم يؤد الكفيل دين المحتال له حتى حبس المحتال له الكفيل، كان للكفيل أن يحبس المحيل حتى يخلصه؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة، فيحبسه كما حبس هو حتى يخلصه.

١٦٦٨٩- ولو أن الطالب لم يأخذ المال عن المكفول عنه، ولكن أبرأ المكفول عنه، برئ المكفول عنه بالإبراء، وبرئ الكفيل عن دين الكفالة حكمًا، لبراءة المكفول عنه، ولا تبطل الحوالة عند علماءنا الثلاثة، بل تصير مطلقة، ولا يكون للكفيل إذا أدى دين المحتال له أن يرجع على المكفول عنه؛ لأن من حجته أن يقول للكفيل: لولا قبولك الحوالة لكنت تبرأ حكمًا لبراءتي، فإنما بقيت في هذه الورطة لقبولك الحوالة، وكنت مختاراً في ذلك، فلا يلزمني تخليصك، ولكن الكفيل يأخذ المحيل حتى يخلصه، وإذا أدى رجع عليه؛ لأن المحيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة.

١٦٦٩٠- رجل له على رجل ألف درهم، وبها كفيل، وعلى رب الدين لرجلين ألفا درهم دين، لكل واحد منهما ألف درهم، أحال رب الدين أحد غريميه على الأصيل حوالة مقيدة بذلك الدين، وأحال غريمه الآخر على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين، فهذا على وجهين: الأول: إذا حصلت الحوالتان على التعاقب، وأنه على وجهين أيضًا: الأول: إذا بدأ بالحوالة على الكفيل، وفي هذا الوجه صحت الحوالتان، أما الحوالة على الكفيل فظاهر، أما الحوالة على الأصيل فلأن تأخر المطالبة على الكفيل لا توجب تأخر المطالبة عن الأصيل، ولا ببراءته عن الدين، فيصح تقييد الحوالة بها، ولا تبطل الحوالة الأولى بالحوالة الثانية؛ لأن المطالبة قد تأخرت عن الكفيل بالحوالة الأولى، فالحوالة الثانية قد وجدت، والمطالبة عن الكفيل متأخرة، فلا تتأخر المطالبة عن الكفيل بتأخر المطالبة عن الأصيل، فلا تبطل الحوالة الأولى بهذا.

١٦٦٩١- وإذا أدى الكفيل شيئًا لا يكون له أن يطالب المكفول عنه بما أدى؛ لأن من حجته أن يقول للكفيل: لولا قبولك الحوالة لكنت برئت بقبول الحوالة، وإنما بقيت في هذه الورطة لقبولك الحوالة، وكنت مختاراً فيه، فلا يكون لك حق الرجوع عليّ، ولكن يرجع على المحيل؛ لأنه قبل الحوالة بأمره.

١٦٦٩٢- ولو أن الكفيل لم يؤد شيئًا، ولكن أدى المكفول عنه بنفسه، برئ المكفول عنه بالأداء، وبرئ الكفيل عن دين الكفالة حكمًا لبراءة المكفول عنه، وصارت الحوالة على الكفيل مطلقة عند علمائنا الثلاثة، وإذا أدى الكفيل إلى المحتال له، لا يكون له أن يطالب المكفول عنه، ولكن يطالب المحيل لما ذكرنا.

١٦٦٩٣- الوجه الثاني من هذا الوجه إذا بدأ بالحوالة على الأصيل، وفي هذا الوجه صحت الحوالة على الأصيل، وهذا ظاهر وبطلت الحوالة على الكفيل؛ لأن الكفيل برئ عن مطالبة المحيل حكمًا لبراءة الأصيل بالحوالة عليه، فالحوالة على الكفيل حصلت حال كونه بريئًا عن المطالبة، فبطلت، ولو بطلت الحوالة على الأصيل بموته مفلسًا، أو بوجه من الوجوه، حتى عادت المطالبة إلى المحيل، وإلى الكفيل، فالحوالة الماضية على الكفيل لا تعود.

الوجه الثاني من الوجه الأول إذا حصلت الحوالتان معًا، وفي هذا الوجه جازت

الحوالتان، أما الحوالة على الأصيل فلا شك، وأما الحوالة على الكفيل فلأن الحوالة على الكفيل حصلت حال قيام الدين، وتوجه المطالبة عليه. بيانه: أن المطالبة إنما تسقط عن الكفيل لسقوطهما عن الأصيل، وسقوط المطالبة عن الأصيل حكم صحة الحوالة عليه، فيتأخر عن الحوالة، فكانت المطالبة متوجهة عن الكفيل حالة الحوالة على الأصيل، والحوالة على الكفيل حصلت مقارنة للحوالة على الأصيل، فكانت الحوالة على الكفيل فى حال توجه المطالبة عليه، فصحت -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثامن
فى اليمين والشهادة فى الحوالة

١٦٦٩٤- إذا شهد أحد شاهدين أنه احتال بها عليه، وشهد الآخر أنه ضمنها له على أن يبرأ الأول، أو لم يذكر البراءة، وادعى الطالب الضمان والبراءة أو الحوالة، فإنه يؤاخذ المشهود عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة معنى، أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه المال، وبرئ الأصيل بإقرار الطالب إن لم يذكر الشاهد بالضمان البراءة، وبالشهادة إن ذكر البراءة.

١٦٦٩٥- ولو ادعى الطالب الضمان على الكفيل بغير براءة، وقال: لم احتل عليه، قبلت شهادتهما؛ لأنهما اتفقا على كون المشهود ضامنًا للمال حويلا كان أو كفيلا، ولم يصر الطالب بدعوى الضمان بغير براءة مكذبًا الشاهد الذى شهد بالحوالة فيما شهد له إنما كذبه فيما شهد عليه، وهو لم يكذبه فى ذلك، إنما كذبه فى حق براءة الأصيل، والطالب فى حق براءة الأصيل مشهودٌ عليه، وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة، وقد مرّ جنس هذا فى كتاب الكفالة.

١٦٦٩٦- وإذا كان لرجل على رجلين ألف درهم، فأحالا بها على رجل لهما عليه مال، فجحد الطالب الحوالة، فشهد عليه ابنا أو أبواه بالحوالة، فشهادتهما جائزة؛ لأن للأب فى هذه الشهادة منفعة من وجه، فإنه يثبت له بها حق المطالبة لم يكن، ومضرة من وجه؛ لأنهما يبرئان الأصيل بهذه الشهادة، فيقبل عند جحود الأب، ولا يقبل عند دعواه، وإن شهد ابنَا المطلوبين الأولين لا تقبل شهادتهما إذا ادعى المطلوبان ذلك، وإن جحدا تقبل شهادتهما؛ لأن لهما فى هذه الشهادة نوع منفعة، وهو براءتهما عن مطالبة الأصيل، ونوع مضرة، وهو رجوع المحتال عليه عليهما عند الأداء، والتقريب ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة.

١٦٦٩٧- وإذا شهد على رجل شاهد بألف درهم بحكم الحوالة، وشهد عليه شاهد آخر بألف وخمسمائة درهم بحكم الحوالة، والمشهود له يدعى ألفا وخمسمائة،

والمشهود عليه يقر بخمسمائة، قضى القاضى على المحتال عليه بألف درهم، وإذا أدى رجع على المحيل بالألف، وإن كان فى زعمه أنه لا رجوع له بالألف؛ لأنه صار مكذبًا فى زعمه لما قضى القاضى عليه بألف درهم.

١٦٦٩٨- وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم بحكم الحوالة عن فلان، والمدعى عليه يجحد، فجاء المدعى ببينة شهدت له بذلك، والأصيل غائب، قضى القاضى على المدعى عليه بألف درهم، ويكون ذلك قضاء على الأصيل حتى لو أدّى المحتال عليه الألف، رجع على المحيل بذلك، ولا يحتاج إلى إعادة البينة عليه، وانتصب المدعى عليه الحاضر خصمًا عن الغائب، لأن المدعى ادعى حقّا على الحاضر بسبب على الغائب، فإن الحوالة على الحاضر لا تصح إلا بعد ثبوت الدين على الغائب؛ لأن الحوالة ينتقل ما فى ذمة الغائب إلى ذمة الحاضر، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

١٦٦٩٩- قال: ولو غاب الطالب، وحضر الأصيل، فأقام المحتال عليه بينة عليه أنه كان لفلان عليك ألف درهم، وقد أحلت بها فلانًا عليّ، وقد أديتها، قبلت بينته، وكان له أن يأخذ الذى عليه الأصيل بألف درهم، ويكون ذلك قضاء على الغائب بالاستيفاء؛ لأنه ادعى على الحاضر، وهو الأصيل حق الرجوع بسبب ادعاه على الغائب، وهو الأداء أو الإيفاء، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

١٦٧٠٠- ولو أن شاهدين شهدا على رجل أن فلانًا أحال هذا على هذا بألف درهم، وقالا: نحن لا نعرف الطالب، ولكنه هذا، وقالا: نحن لا نعرف المحتال عليه، لكنه هذا، معنى المسألة أنهما شهدا بالحوالة على رجل بالإشارة إلا أنهما لا يعرفان المشهود له، أو المشهود عليه بالاسم والنسب، فالقاضى يقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا لمعلوم على معلوم؛ لأنهم عرفوا المشهود له والمشهود عليه بالإشارة، والإشارة أبلغ فى التعريف.

١٦٧٠١- وإذا ادعى حوالة على رجل، وجحد المدعى عليه، يستحلف، فإن ادعى على آخر يسمع دعواه على الثانى أيضًا؛ لأنه يجوز أن يكون بالمال الواحد حويلان، بأن أحال الرجل بما عليه على رجلين بعقد واحد، فإن حلف المدعى عليه برئ

عن دعوى المحتال له، ويرجع المحتال له على المحيل، وإن نكل لزمه الحوالة، كما لو أقر بها بعد ما جحد، وإذا أدى[1] المال إلى المحتال له، هل يرجع على المحيل، فهذا على وجهين : إن كان المحيل مقرّا بالحوالة فى هذه الحالة يرجع عليه، وإن زعم المحتال عليه أنه ليس له حق الرجوع، إلا أن المحيل أنشأ الإقرار له بحق الرجوع بعد ذلك، والتكذيب السابق لا يمنع صحة الإقرار بعد ذلك، وإن كان جاحدًا للحوالة فى هذه الحالة لا يرجع عليه، فإن أقام المحتال عليه فى هذه الصورة بينة على المحيل أنه أحاله ما عليّ، فهذا على وجهين : إما إن أنكر الحوالة أصلا عند دعوى المحتال له بأن قال : ما أحالك فلان على بهذا المال، أو قال : أحلت[2] بهذا المال، ولا أمرنى فلان بذلك، وفى هذا الوجه لا يسمع بينته، ولو أراد أن يستحلف المحيل على ذلك، بأن لم تكن بينة، لا يستحلف؛ لأنه متناقض فى هذه الدعوى على وجه لا يمكنه التوفيق؛ لأنه جحد الأمر والحوالة أصلا، وادعاها بعد ذلك، وإن قال : مالك عليّ حق من جهة الحوالة، واقتصر على هذا، يصح دعواه إذا وفق، ويسمع بينته، ويستحلف المحيل إن لم يكن للمحتال عليه بينة.

ووجه التوفيق أن يقول : أحال بها عليّ وقد كنت أديت قبل دعوى المحتال له، فلم يكن له على شيء بعد وقت دعواه؛ لأن بالتوفيق على هذا الوجه يرتفع المناقضة، فإن كان المدعى حين ادعى الحوالة وجحد المدعى عليه الحوالة، أقام المدعى بينة على الحوالة، وعلى الأمر من جهة الأصيل، أو أدى، كان له أن يرجع بما أدى على الأصيل، جحد الأصيل الحوالة، والأمر فى هذه الحالة، أو أقر بها؛ لأن الأمر بالحوالة ثبت بالبينة، والبينة حجة فى حق الناس كافة، وإنكاره فى الحوالة لا يمنع الرجوع، وإن زعم أنه لا رجوع له؛ لأنه صار مكذبًا فى زعمه -والله أعلم- .

---

(١) هكذا فى ظ، وف، وكان فى الأصل وم : "ادعى".

(٢) هكذا فى الأصل، وم، وكان فى ظ وف : "احتلت".

الفصل التاسع
في المتفرقات

١٦٧٠٢- وفي "المنتقى" : رجل اشترى شيئًا، وقبضه، وأحال بالثمن على إنسان، ثم إن أجنبيًا قضاه عن المشترى، لم يكن للمحتال عليه أن يرجع بذلك على المشترى، وإن كان قضى عن المحتال عليه، رجع المحتال عليه بذلك على المشترى، ولو قضاه الأجنبى ولم يبين، فالقول قوله، ولو كان غائبًا أو ميتًا، فالقضاء عن المحتال عليه حتى يبين الدافع.

١٦٧٠٣- وفيه أيضًا: المديون إذا أحال رب الدين على رجل، ثم أحاله بعد ذلك على رجل آخر، فالمال على الآخر، وبرئ الأول.

١٦٧٠٤- وفيه أيضًا: رجل أحال رجلا له عليه مال على رجل، ثم إن المحتال عليه أحاله على الذى الأصل عليه، برئ المحتال عليه الأول، وإن توى المال الذى عليه الأصل، لا يعود المال إلى ذمة المحتال الأول.

١٦٧٠٥- وفيه أيضًا: رجل له على رجل ألفَا درهم، وبأحد الألفين كفيل، ثم إن المطلوب أحال الطالب على رجل بألف درهم، فقال الطالب: أحلتنى بالألف التى عليك خاصة، وليس بها كفيل، وقال المطلوب: نويت بها الألف التى كفل بها عنى فلان، فالقول قول المطلوب؛ لأن له أن ينوى ذلك ولا يتكلم به، ولو قال: لم يكن لى نية يومئذٍ، ولكنى اليوم أجعلها من الألف التى كفلها فلان عنى، فليس له ذلك، والألف التى أحال بها من الألفين جميعًا نصفين.

قال ابن سماعة: وكذلك قياس قول محمد فى الألف، ودفعها المطلوب إلى الطالب، وقال: لم أنوِ شيئًا وقت الدفع، ولكن أجعلها اليوم من الألف التى كفل بها فلان، ولو لم يحل المطلوب الطالب، ولكن الطالب أحال رجلا على المطلوب بألف كان للرجل على الطالب، فدفعها إليه، فقال الطالب: إنما أحلته عليه بالألف التى ليس

بها كفيل عليك ، فالقول قوله ، وكذلك لو كان المال عليه ألف درهم من كفالة رجل ، وألف درهم من كفالة رجل آخر .

١٦٧٠٦- وفيه أيضًا : إذا قال لغريمه : أحلني على فلان على أنك ضامن لذلك، فهو جائز ، وله أن يأخذ أيهما شاء ، وهذا بمنزلة الكفالة ، وإذا أحال الرجل رجلا على رجل بمال عليه على أن المحتال له بالخيار ، فهو جائز ، وللمحتال له الخيار ، إن شاء مضى على الحوالة ، وإن شاء رجع على المحيل ، وكذلك إن أحال عليه على أن المحتال له متى شاء رجع على المحيل ، فهو جائز ، وللمحتال له الخيار ، يرجع على أيهما شاء .

١٦٧٠٧- وفيه أيضًا : رجل له على رجل ألف درهم ، وأتاه يتقاضاه ، فقال : كنت أحلتك بها على فلان ، فأنكره الطالب ، فإن القاضي يسأل المطلوب البينة على ما ادعاه من الحوالة ، فإن أقام البينة عليها ، وكان المحتال عليه حاضرًا ، قبلت بينته ، وإن كان المحتال عليه غائبًا ، فالقاضي يسأل البينة على الطالب أنه قد احتال على فلان ، فإن أقام البينة على ذلك ، وقف الأمر ، فلم يجعل للطالب سبيلا على المطلوب ، ولم يبرأ المطلوب عن المال حتى يقدم المحتال عليه ، فإذا قدم وأقر بالحوالة أمر القاضي الطالب باتباعه وإبراء المطلوب ، وإن أنكرها كلف المطلوب إعادة البينة بالحوالة ، فإن كانوا غابوا ، أو ماتوا حلف المحتال عليه على الحوالة ، ولو لم يكن للمطلوب بينة على الحوالة ، وسأل يمين الطالب ما احتال على فلان بالمال ، حلف على ذلك .

١٦٧٠٨- وفي "نوادر هشام" : قال : سألت أبا يوسف عن رجل أحال رجلا بمال على رجل ، فغاب المحتال عليه، فقال المحتال له : إن صاحبي جحد الحوالة ، لا يصدق ، ولو أقام بينة على جحوده ، لا تقبل بينته ؛ لأن المشهود عليه غائب .

١٦٧٠٩- وروى أبو سليمان عن أبي يوسف : في رجل باع عبدًا من رجل بألف درهم ، فلم يتقابضا حتى أحال البائع غريمه على المشتري بثمن العبد ، ثم مات العبد في يد البائع ، أو فسخ المشتري البيع لعيب فيه بحكم أو بغير حكم ، بطلت الحوالة ، وهذه الرواية تخالف رواية "الأصل" ورواية "الزيادات" ، وقد ذكرنا المسألة قبل هذا .

قال : وإن فسخ البيع بعد القبض بغير حكم ، لم يبطل الحوالة ، ولو رد بحكم الإقرار البائع بعيب ، لا تبطل الحوالة ، وإن أراد هذا البائع أن يرده على بائعه بذلك

العيب، وقال: بعته وأنا لا أعلم به، فإن أقر بائعه بذلك، أو أبى اليمين فيه، رده عليه، ولم يبطل الحوالة، وإن رده ببينة بطلت الحوالة.

قال: ألا ترى أن رجلا لو وكل رجلا ببيع عبده، فباعه وقبض المشترى العبد، وأحال الموكل غريمه بثمن العبد على المشترى، ثم رده المشترى على الوكيل بعيب، بنكول الوكيل عن اليمين، بطلت الحوالة، ورده الوكيل على الموكل، وإن رده على الوكيل بإقراره، والعيب يحدث مثله، لا يبطل الحوالة، فإن خاصم الوكيل الآمر، فنكل عن اليمين، فرده لا يبطل الحوالة من قبل أن البيع انتقض قبل نكوله، والحوالة تامة، فلا يبطلها نكوله، ولا إقراره، إلا أن يرده الوكيل على الآمر بالبينة، فتبطل الحوالة.

١٦٧١٠- المحتال له حوالة مقيدة بالدين الذى للمحيل على المحتال عليه إذا أخذ المال من المحيل بطريق التغلب، وقال: إن المحتال عليه مفلس، فالمحيل هل يرجع على المحتال عليه بالدين الذى له على المحتال عليه؟ اختلف مشايخ زماننا فيه، قال بعضهم: لايرجع، وقال بعضهم: يرجع، وهو الصحيح؛ لأن الدين الذى للمحيل على المحتال لم يصر ملكًا للمحتال عليه بالحوالة، بل هو باقٍ على ملك المحيل على ما مر قبل هذا، إلا أن بالحوالة صار مشغولا بحق المحتال له، فإذا زال حق المحتال له بأداء المحيل، زال الشاغل، وكان للمحيل أن يرجع عليه بذلك.

١٦٧١١- وفى "المنتقى": رجل اشترى عبدًا بألف درهم، وقبضه، ثم أحال المشترى البائع بالثمن على غريمه من المال الذى له عليه، ثم رد المشترى العبد بعيب بقضاء قاضٍ، فإن القاضى يبطل الحوالة، فإن كان البائع أجّل المحتال عليه بالمال، فإن الأجل ينتقض أيضًا إذا كان الرد بحكم، وإن كان الرد بغير حكم لا يبطل الأجل، والمشترى بالخيار، إن شاء اتبع البائع به حالا، وإن شاء اتبع المحتال عليه إلى أجله، وإن كان البائع أبرأ المحتال عليه من المال أو وهبه له، أو اشترى منه ثوبًا، وقبضه ثم رد المشترى العبد بعيب بقضاء أو بغير قضاء، فقد جازت الهبة والإبراء، والبائع ضامن للمال، وكذلك لو مات العبد فى يد البائع قبل القبض، وكذلك الاستحقاق بعد القبض، وقد أبرأ البائع المحتال عليه من المال، أو وهبه له، وإذا أحال صاحب المال على

غريمه إلى أجل ودينه حال، لم يكن له ذلك من دينه، وله أن يأخذ غريمه حالا، وهو خلاف جواب الأصل.

١٦٧١٢- بشر عن أبي يوسف : إذا احتالت المرأة بصداقها على رجل، أو كفل لها بصدقها رجل، فغاب الزوج، وأقام الكفيل بينة أن النكاح فاسد بوجه من الوجوه، لا تقبل بينته، ولو ادعى أنها أبرأت الزوج، أو أن الزوج أعطاها صداقها، أو باعها بصداقها شيئًا، وقبضت، قبلت بينته، وإذا كان المبيع غير مقبوض، أو كان مقبوضًا وهو قائم بعينه، لا تقبل بينته، وكذا في الكفيل؛ لأن هذا قضاء بالبيع على الزوج، وتجوز الحوالة إلى الحصاد والدياس كالكفالة، وقد مرت مسألة الكفالة في كتاب الكفالة، هذه المسائل كلها من "المنتقى".

١٦٧١٣- قال محمد في "الجامع" : رجل له على رجل مائة درهم دين، ولا مرأة على رب الدين مائة درهم أيضًا دين، فأحال الرجل المرأة بدينها على غريمه على أن تأخذ من الدين الذي له عليه، فالحوالة جائزة، وهذه حوالة مقيدة بالدين، قال في الكتاب : وبرئ الغريم عن دينها، فهذه اللفظة دليل على أن الحوالة توجب براءة الأصيل عن الدين والمطالبة، ولو أن المحتال عليه قضاها المال، أو وهبت المرأة دينها للمحتال عليه برئ هو والمحيل، وسلمت المائة التي كانت على المحتال عليه للمحتال له؛ لأن المحتال عليه ملك الدين الذي في ذمته بالهبة أو بالقضاء، ورجوع المحتال عليه معلق بملك ما في ذمته بالحوالة، فإذا ملك ثبت له الرجوع، فقد وجب للمحتال عليه على المحيل مائة، وللمحيل على المحتال عليه مثل ذلك، والتقيا قصاصًا، فسلمت للمحتال عليه المائة التي كانت للمحيل عليه قبل الحوالة بالمقاصة، ولو لم يكن شيء من ذلك، لكن المرأة أبرأت المحتال عليه من غير قبض صحت البراءة، وبرئ المحتال عليه، والمحيل من دينها، ورجع المحيل بدينه على المحتال عليه.

١٦٧١٤- واستشهد في الكتاب لإيضاح هذا، فقال : ألا ترى أنه لو كان لامرأة على رجل دين، وأحال الرجل المرأة بالمال على رجل من غير أن يكون للمحيل على المحتال عليه شيء، فوهبته للمحتال عليه، رجع المحتال عليه بذلك على المحيل، ولو أبرأته لا يرجع؛ لأن في الوجه الأول ملك المحتال عليه ما في ذمته، وفي الوجه الثاني

لا ، فكذا فيما تقدم ، وقد مرّ جنس هذه المسألة .

ثم قال في مسألة الكتاب : ولو لم يكن شيء من ذلك ، ولكنها أخرت المحتال عليه سنة صح ؛ لأن حقها في الذمة الأولى قابل للتأجيل ، فكذا في الذمة الثانية ؛ لأن تبدل المحيل لايوجب تبدل الواجب ، وليس للمحيل أن يرجع على المحتال عليه ؛ لأن الدين الذي كان للمحيل على المحتال عليه ، وإن لم يصر ملكًا للمرأة بالحوالة على ما مرّ ، إلا أنه صار مشغولا بدين المرأة لما قبل الحوالة به ، ودينها بعد التأجيل باق ، فكان الشاغل باقيًا ، فيبقى الشغل ، ألا ترى أن جنس الرهن لا يبطل بتأجيل الدين ، فكذا شغل الدين لا يبطل بتأجيل الشاغل ، فإن أبرأته المرأة بعد التأخير صح ، ورجع المحيل على المحتال عليه بدينه ؛ لأن بالإبراء زال الشاغل ، فزال المانع من الرجوع .

١٦٧١٥- ولو أنها صالحت المحتال عليه من دراهمها وهي جياد على الزيوف أو النبهرجة ، صح الصلح ؛ لأنها حطت بعض الحق حين استوفت الزيوف مكان الجياد ، وذلك جائز ، وسلمت الجياد للمحتال عليه بالمقاصة ؛ لأن المحتال عليه ملك الجياد التي أحال بها بما أدى من الزيوف ؛ لأن الزيوف تصلح بدلا عن الجياد ، واستوجب الرجوع على المحيل بالجياد ، وللمحيل عليه مثله ، فوقعت المقاصة .

ولو كان المحيل هو الذي قضى دين المحتال له نبهرجة ، أو زيوفًا أو جيادًا ، رجع على المحتال عليه بما كان له عليه من الجياد ؛ لأن المحيل لما قضى دينها بالنبهرجة ، فقد قضى الجياد بالنبهرجة ، وأنه جائز برضى صاحب الحق ، فسقط دينها الذي وجب لها بالحوالة ، وزال الشغل عن دين المحيل .

ولو كانت المرأة صالحت المحتال عليه من المائة على خمسين ، ونقدها ، سلم للمحتال عليه من المائة التي كانت للمحيل عليه قبل الحوالة خمسون ، ورجع المحيل على المحتال عليه بخمسين ؛ لأنها استوفت نصف دينها ، وذلك خمسون ، وأبرأته عن النصف وذلك خمسون ؛ لأن الخمسين لا تصلح بدلا عن المائة لما فيه من الربا ، بخلاف المائة النبهرجة ، ولو استوفت جميع حقها لم يرجع المحيل على المحتال عليه بشيء . ولو أبرأته عن جميع حقها ، رجع المحيل على المحتال عليه بجميع دينه ، فإذا استوفت البعض وأبرأته عن البعض ، كان لكل بعض حكم نفسه .

ولو أن المرأة لم تصالحه ولكن أخرته سنة، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة سوى دين المرأة، ولا مال له غير المائة التى أحال بها للمرأة، فالمرأة لا تصير أخص بتلك المائة، بل يقسم بين غرماء المحيل المرأة من جملتهم، وهذا استحسان، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم، غير أن ما أصاب المرأة يكون مؤجلا، وما أصاب الغرماء يكون حالا؛ لأن الغرماء ما رضوا بتأخير حقهم، أما المرأة فقد رضيت بذلك.

إذا مات المحتال عليه، فقال الطالب : توى المال، وقال المحيل : قد أدى، فالقول قول الطالب، وقد مر جنس هذا فى صدر الكتاب -والله تعالى أعلم- .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الدعوى

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثين فصلا :

الفصل الأول : فى معرفة المدعى والمدعى عليه .

الفصل الثانى : فى بيان صحة الدعاوى وبيان ما يسمع منها وما لا يسمع .

الفصل الثالث : فى دعوى الملك المطلق فى الأعيان .

الفصل الرابع : فى دعوى الملك فى الأعيان بسبب نحو الشراء والميراث والهبة وما أشبه ذلك .

الفصل الخامس : فى دعوى الشراء والبيع .

الفصل السادس : فى الاستحقاق وما هو فى معنى الاستحقاق .

الفصل السابع : فى الدعوى والبينات .

الفصل الثامن : فى مقاسمة المدعى بطريق المنازعة والعول .

الفصل التاسع : فى دعوى الميراث .

الفصل العاشر : فى دعوى الرجل النكاح على المرأة ، وفى دعوى المرأة النكاح على الرجل الآخر .

الفصل الحادى عشر : فى الرجلين يدعيان بالأيدى .

الفصل الثانى عشر : فى دعوى النتاج .

الفصل الثالث عشر : فيما هو فى معنى النتاج .

الفصل الرابع عشر : فى دعوى الحائط .

الفصل الأول
فى معرفة المدعى والمدعى عليه

١٦٧١٦- فنقول: اختلف العلماء فى الحد الفاصل بينهما، والمروى عن محمد أنك تنظر إلى المنكر منها، فهو المدعى عليه، وهذا صحيح؛ لأن النبى عليه السلام جعل المدعى عليه هو المنكر، حيث قال: "واليمين على من أنكر"[١].

فإن قيل: بهذا لا يحصل تمام الحد، فالإنسان قد يكون مدعيّا، ويكون اليمين من جانبه كالمودع إذا ادعى الرد. قلنا: المودع بدعوى الرد ينكر الضمان، والخصومة إنما جرت لأجل الضمان، فجعل اليمين فى جانبه لهذا. وقال بعضهم: المدعى من يحتاج إلى الإثبات والإضافة إلى نفسه، ولا يكفيه مجرد النفى بأن يقول لغيره: هذا العين ليس لك، فبهذا القدر لا يصير مدعيّا، ويحتاج إلى أن يقول: هذا العين لى، والمدعى عليه من لا يحتاج إلى الإثبات والإضافة إلى نفسه، بل يكفيه مجرد النفى، فإن بمجرد قوله للمدعى: هذا العين ليس لك يصير خصمًا، ويكفيه ذلك من أن يقول: هو لى.

١٦٧١٧- وبعضهم قالوا: المدعى من يكون مخيرًا بين الخصومة والكف عنها، وإذا ترك الخصومة يترك ولا يتبع، والمدعى عليه من لا يكون مخيرًا بين الخصومة، والكف عنها، وإذا ترك الخصومة لا يترك، بل يتبع، وبعضهم قالوا: المدعى من يتعدى[٢] على غيره بقوله، والمدعى عليه من يتعدى عليه بقول غيره، وبعضهم قالوا: المدعى من يدعى ويتمسك بما ليس بثابت، والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت. بيانه: فيما إذا ادعى عينًا فى يدى إنسان أنه ملكه، وأنكر ذو اليد دعواه، وقال: هو ملكى، فالخارج يسمى مدعيًا؛ لأنه يدعى ما ليس بثابت له، وهو الملك فى هذا العين،

(١) أخرجه الإمام ابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٤/ ٣٤٥ حديث (٢٠٨٢٤)، وعبد الرزاق فى "مصنفه" ٨/ ٢٧٣ حديث (١٥١٩٠)، والبيهقى فى "الكبرى" ١٠/ ٢٥٢ حديث (٢٠٩٩٠) ١٠/ ٢٥٣ حديث (٢٠٩٩٦)، وابن عبد البر فى "التمهيد" ٢٣/ ٢٠٦، شرح الزرقانى ٤/ ٢٦٢، و "عون المعبود" ١٠/ ٣٥، والنووى فى "شرح صحيح مسلم" ١٢/ ٣.

(٢) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "يستعدى".

وصاحب اليد يسمى مدعىً عليه ؛ لأنه يتمسك بما هو ثابت له ، وهو الملك بظاهر اليد .

فإن قيل : هذا يشكل بالمودع إذا ادعى الرد ، والمودَع ينكر ، فالمُودع يكون مدعى عليه حتى يحلف ، وقد ادعى ما ليس بثابت ، وهو الرد ، ورب الوديعة يكون مدعيّا ، وقد ادعى ما هو ثابت ، وهو عدم الرد .

قلنا : رب الوديعة من حيث المعنى يدعى ما ليس بثابت ، وهو شغل ذمة المودع بالضمان ، والمودع من حيث المعنى يتمسك بما هو ثابت ، وهو براءة ذمته ، والعبرة للمعنى ، والخصومة وقعت لأجل الضمان .

١٦٧١٨- قال محمد فى كتاب الدعوى : وإذا كان فى يدى رجل دار أو عبد ، أو شيء من الأشياء ، فادعى رجل ذلك ، أو طائفة منه بشراء من مالكه ، أو بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو بوجه من وجوه الملك ، أو ادعى عليه دينًا دراهم أو دنانير ، أو أشياء من المكيل أو الموزون ، أو ما أشبه ذلك ، أو ادعى عليه كفالة بمال أو نفس ، أو ادعى عليه بيعًا أو إجارة ، فالمنكر هو المدعى عليه ، والطالب هو المدعى ، وإنه يخرج على العبارات كلها .

ولو كان المدعى عليه أقر بدعوى المدعى إلا أنه ادعى القضاء أو الإبراء فى دعوى الدين ، أو ادعى الإبراء فى دعوى الكفالة بالنفس ، أو الكفالة بالمال ، أو ادعى الفسخ فى الإجارة أو الإقالة فى البيع ، فالطالب فى الدعوى الأولى هو المدعى عليه فى هذه الدعوى ، والمدعى عليه فى الدعوى الأولى هو المدعى فى هذه الدعوى ، وإنه يخرج على العبارات كلها .

١٦٧١٩- قال فى كتاب الغصب : رجل غصب ثوبًا أو دابة واستهلكه ، فأقام المغصوب منه بينة على قيمته ، وأقام الغاصب بينة على قيمته أقل من ذلك ، فالبينة بينة المغصوب منه ، إما لأن المغصوب منه هو المدعى لما ذكرنا من العبارات ، وإما لأن المغصوب منه ببينته يثبت زيادة ، وينفيها بينة الغاصب ، والبينات شرعت فى طرف الإثبات لا فى طرف النفى ، وإن لم يكن لهما بينة ، فالقول فى الزيادة قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه مدعى عليه فى الزيادة على العبارات التى ذكرنا ، والقول قول المدعى عليه مع اليمين . وإن أقام الغاصب بينة على قيمته ، ولا بينة للمغصوب منه ، فللمغصوب منه

أن يستحلف الغاصب، ولا يلتفت إلى بينته؛ لأن الغاصب هو المدعى عليه، والذى فى جانب المدعى عليه اليمين دون البينة.

وإن قال الغاصب: أنا أرد اليمين على رب الثوب، وأعطيه ما حلف، ورضى به رب الثوب، لا يلتفت إلى قولهما؛ لأن اليمين شرعت فى جانب المدعى عليه، وليس إلى العباد تغيير المشروعات. وذكر محمد فى كتاب الاستحلاف: رد اليمين إلى المدعى فى مسألة، وصورتها: رجل ادعى على رجل أنه غصبه ثوبًا، وأقر الغاصب بذلك، واختلفا فى قيمة الثوب، فقال المغصوب منه: كانت قيمة ثوبى مائة، وقال الغاصب: لا أدرى ما كانت قيمته، ولكن علمت أن قيمته لم يكن مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأن المغصب منه يدعى زيادة قيمة عليه، وهو ينكر، ويجبر الغاصب على البيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهول، فيؤمر بالبيان، وإن لم يخبر بشىء يحلف على ما يدعى المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف، ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه [وإن أبى أن يبين][1] أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مائة، ويأخذ من الغاصب مائة درهم.

١٦٧٢٠- طعن الحاكم الإمام أبو محمد الكوفى على محمد رحمه الله فيما ذكر أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مائة، ويأخذ من الغاصب مائة درهم، وقال: المغصوب منه يدعى زيادة القيمة، واليمين لم يشرع حجة للمدعى عندنا، وقال: الجواب الصحيح عندى أن بعد ما أبى الغاصب بيان القيمة فالقاضى يوقفه بين يديه، ويقول له: أكانت قيمة الثوب مائة؟ أكانت خمسون؟ أكانت ثلاثون؟ إلى أن ينتهى إلى أقل ما لا يجوز أن ينقص قيمة الثوب منه فى العرف والعادة، فإذا انتهى إلى ذلك ألزمه ذلك، وجعل القول قوله فى الزيادة مع يمينه، وجعل الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا أقر بحق مجهول فى عين فى يديه، وأبى أن يبين مقداره، فالقاضى يوقفه بين يديه، ويسمى السهام حتى ينتهى إلى أقل السهام الذى يقصد بالملك عادة، فيلزمه ذلك، ويجعل القول فى الزيادة قوله مع يمينه.

ومنهم من اشتغل بتصحيح ما ذكر فى الكتاب، وجه ذلك أن الإقرار بالمجهول صحيح، وقطع الخصومة وإيصال المقر له إلى حقه واجب، وتعذر إيصال المقر له إلى

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "يستعدى".

حقه بالطريق الذى قلتم؛ لأن موضوع المسألة أنه أقر بغصب ثوب، والثياب أجناس، فالقاضى لا يدرى أن هذا أقل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأن ما من ثوب من جنس هو أقل ذلك الجنس إلا وثوب آخر من جنس آخر يكون أقل منه، بخلاف المسألة التى استشهد بها؛ لأن أقل المقدار الذى يقصد بالتملك معلوم من حيث العادة، فأمكن للقاضى إلزام المقر ذلك، أما ههنا بخلافه، ولا وجه إلى أن يقضى بمائة درهم، كما يدعيه المغصوب منه؛ لأن الغاصب حلف على ذلك، فلم يبق للقاضى طريق قطع الخصومة، وإيصال المقر له إلى حقه إلا ما قلنا.

وما يقول: بأن يمين المغصوب منه يمين المدعى، قلنا: يمينه يمين المدعى من وجه من حيث إنه يدعى أن قيمة الثوب مائة، ولم يثبت ذلك لما أنكر الغاصب ذلك، ويمين المدعى عليه من وجه من حيث إن أصل الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب، فإن الإقرار بقيمة مجهولة صحيح، وإنما الحاجة إلى فصل الخصومة، واليمين شرعت لفصل الخصومة، فكانت بمنزلة يمين المدعى عليه من هذا الوجه، ويمين المدعى عليه من كل وجه مما يجوز أن يفصل بها الخصومة، فكذا يمين المدعى عليه من وجه، وهذه المسألة لا توجد إلا فى كتاب الاستحلاف، وهى من الغرائب، فيجب حفظها -والله أعلم-.

الفصل الثانى
فى بيان صحة الدعاوى وما يسمع منها وما لا يسمع

١٦٧٢١- يجب أن يعلم بأن الدعوى لا تخلو إما أن يقع فى العين أو فى الدين، فإن وقع فى الدين فإن كان المدعى مكيلا فإنما يصح الدعوى إذا ذكر المدعى جنسه أنه حنطة أو شعير، وبعد ما ذكر الجنس بأن ذكر أنه حنطة يذكر مع ذلك نوعها أنها سقية، أو برية، أو خريفة، أو ربيعة، ويذكر مع ذلك صفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة، گندم سپيده او گندم سرخه، ويذكر قدرها بالكيل، فيقول كذا قفيزًا؛ لأن المقدر فى الحنطة الكيل، ويذكر بقفيز كذا؛ لأن القفزان تتفاوت فى ذاتها، ويذكر سبب الوجوب؛ لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها، فإنه إذا كان بسبب السلم يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء ليقع التحرّز عن الاختلاف، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وإن كان من ثمن بيع جوّز الاستبدال به قبل القبض، ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه بمعنى أنه لا يلزم.

١٦٧٢٢- ويذكر فى السلم سائر شرائط صحته من إعلام جنس رأس المال ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان رأس المال وزنيّا، وانتقاده فى المجلس حتى يصح عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وأشباه ذلك على ما عرف فى كتاب البيوع.

ولو قال: بسبب السلم الصحيح، ولم يبين شرائط صحة السلم، كان القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى يفتى بصحة الدعوى، وغيره من المشايخ كانوا لا يفتون بصحته؛ لأن للسلم شرائط كثيرة لا يقف عليها إلا الخواص من الناس، وربما يظن المدعى صحته ولا يكون صحيحًا فى نفسه.

١٦٧٢٣- وفى دعوى البيع إذا قال: بسبب بيع صحيح بأن ادعى على آخر ألف درهم بسبب بيع صحيح جرى بينهما فى جارية قد سلمها إليه، صح الدعوى بلا خلاف، إذ ليس للبيع شرائط كثيرة تخفى على العامة، وعلى هذا فى كل سبب له شرائط كثيرة يشترط بيان الشرائط لصحة الدعوى عند عامة المشايخ، ولا يكتفى بقوله

بسبب كذا صحيح، وإن لم يكن له شرائط كثيرة يكتفى بقوله: بسبب كذا صحيح، ويذكر فى القرض القبض، وصرف المستقرض ذلك إلى حاجة نفسه ليصير دينًا عليه بالإجماع؛ لأن عند أبى يوسف المستقرض لايصير دينًا فى ذمة المستقرض إلا بصرفه إلى حاجة نفسه، وكذلك يذكر فى دعوى القرض أنه أقرضه كذا من مال نفسه لجواز أن يكون وكيلا فى الإقراض، والوكيل فى الإقراض سفير ومعبّر، فلا يصير ذلك دينًا له فى ذمة المستقرض، ولا يثبت له حق المطالبة بالأداء، وإن كان المدعى به وزنيا، فإنما تصح الدعوى إذا بيّن الجنس، بأن قال: ذهب أو فضة، فإن بيّن الجنس بأن قال: ذهب فإن كان مضروبًا يقول: كذا دينارًا ويذكر نوعه أنه بخارى الضرب أو نيسابورى الضرب، أو ما أشبه ذلك.

قالوا: وينبغى أن يذكر صفته أنه جيد، أو وسط، أو ردىء، فاعلم بأن هذه الدعوى إن كان بسبب البيع فلا حاجة إلى ذكر الصفة إذا كان فى البلد نقد واحد ظاهر معروف؛ لأن مطلق البيع ينصرف إلى نقد البلد، ويصير ذلك كالملفوظ فى الدعوى، فلا يشترط البيان إلا إذا كان قد مضى من وقت البيع إلى وقت الخصومة زمان طويل بحيث لا يعلم نقد البلد فى ذلك الوقت، فحينئذٍ لابد من بيان أن نقد البلد فى ذلك الوقت كيف كان، وبيان صفته، بحيث يقع المعرفة من كل وجه، وإن كان فى البلد نقود مختلفة، والكل فى الرواج على السواء، ولا صرف للبعض على البعض، يجوز البيع، ويعطى المشترى البائع أى النقدين شاء، إلا إن هذه الدعوى لابد من تعيين أحدهما، وإن كان الكل فى الرواج على السواء، وللبعض صرف على البعض، كما كانت الغطريفية والعدالية فى ديارنا، قيل[1]: هذا لايجوز البيع إلا بعد بيانه، وكذا لا تصح الدعوى من غير بيانه، وإن كان أحد النقدين أروج وللآخر فضل، فالعقد جائز، وينصرف إلى الأروج، ويصير ذلك كالملفوظ فى الدعوى، فلا حاجة إلى البيان إلا إذا كان قد مضى زمان طويل من وقت العقد إلى وقت الخصومة بحيث لا يعلم الأروج وقت العقد على نحو ما بينا قبل هذا، وإن كان هذا الدعوى بسبب القرض والاستهلاك، فلابد من بيان الصفة على كل حال، وعند ذكر النيسابورى أو البخارى لا حاجة إلى ذكر الأحمر؛ لأن النيسابورى لا يكون إلا أحمر، وكذا البخارى لا يكون إلا

(١) وكان فى ظ: "قبل".

أحمر، ولا بد من ذكر الجيد عليه عامة المشايخ؛ لأن بذكر النيسابورى لايثبت ذكر الجيد؛ لأن النيسابورى ما يكون مضروبًا فى نيسابور أو ما يكون عليه سكة نيسابور، وما يكون مضروبًا فى نيسابور، أو يكون عليه سكة نيسابور قد يكون جيدًا، وقد لا يكون.

وفى "فتاوى النسفى": إذا ذكر أحمر خالص، ولم يذكر الجيد كفاه، ولابد من ذكره أنه من ضرب أي والى عند بعض المشايخ؛ لأن فى مضروب الولاة تفاوتا، وبعض مشايخنا لم يشترطوا ذلك، وإنه أوسع والأول أحوط، وإن ذكر كذا دينارًا نيسابورية منتقدة وفارسيته: سره كرده، ولم يذكر الجيد، فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لابد من ذكر الجيد مع ذلك؛ لأن منتقدة قد يكون جيدة وقد يكون رديئة، وقال بعضهم: لا حاجة إلى ذكر الجيد مع ذلك، وهو الصحيح، ولو ذكر الجيد ولم يذكر المنتقدة فالدعوى صحيح؛ لأن الجيد لابد وأن يكون منتقدًا، فأما المنتقدة قد يكون جيدًا وقد يكون رديئًا، وإن لم يكن الذهب مضروبًا لايذكر فى الدعوى كذا دينارًا، وإنما يذكر كذا مثقالا، فإن كان خالصًا من الغشّ، يذكر ذلك وإن كان فيه غشّ يذكر ذلك نحو أو ما أشبه ذلك، وإن كان المدعى به نقرة وكان مضروبًا ذكر نوعها، وهو ما يضاف إليها، وصفتها أنها جيدة، أو وسطة أو رديئة، ويذكر قدرها أنه كذا درهمًا وزن سبعة مثاقيل؛ لأن وزن الدراهم يختلف باختلاف البلدان، والذى فى ديارنا وزن سبعة وهو الذى كل عشرة منها بوزن سبعة، وإن كانت الفضة غير مضروبة إن كانت خالية عن الغش، يذكر كذا فضة خالصة خالية عن الغش، ويذكر نوعها نقرة كليحة أو نقرة طفاجى، ويذكر صفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة، ويذكر قدرها كذا درهمًا.

وقيل: إذا ذكر كذا طغاجى كفاه، ولا حاجة إلى ذكر الجيد، وإن كان المدعى به دراهم مضروبة، والغش فيها غالب، إن كان تعامل بها وزنًا يذكر نوعها وصفتها ومقدار وزنها، وإن كان تعامل بها عددًا يذكر عددها.

١٦٧٢٤- وإذا ادعى الحنطة أو الشعير بالمن، وبيّن أوصافه، فقد قيل لا يصح هذا الدعوى؛ لأن المدعى مجهول؛ لأن المقدار فى الحنطة أو الشعير بالكيل إنما عرف بالحدث المعروف، وقيل: لا، بل الدعوى صحيح؛ لأن الكيل فى الحنطة والشعير إنما عرف مقدّرًا عند المقابلة بالجنس، ولهذا جاز بيع الحنطة موازنة بالدراهم، ففى الدعوى

يحمل على بيع عين من الأعيان بحنطة فى الذمة.

والمختار للفتوى أن يُسأل المدعى عن دعواه، فإن ادعاه بسبب القرض أو بسبب الاستهلاك، لا يفتى بالصحة؛ لأن كل ذلك مضمون بالمثل، وإن ادعاه بسبب بيع عين من الأعيان بحنطة فى الذمة، أو بسبب السلم، يفتى بالصحة، وإن ادعاه مكايلة حتى صح الدعوى بلا خلاف، وأقام البينة على إقرار المدعى عليه بالحنطة، أو الشعير، ولم يذكر الصفة فى إقراره، قبلت البينة فى حق الجبر على البيان، لا فى حق الجبر على الأداء.

١٦٧٢٥- وإذا ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح؛ لأن المدعى مجهول؛ لأن المقدّر فى الدقيق الوزن دون القفيز؛ لأن الدقيق ينكبس بالكبس، بخلاف الحنطة، وإذا ذكر الوزن حتى صح الدعوى لابد وأن يذكر حسك يا داو شسته، ويذكر مع ذلك ويخته يا ناويخته، ويذكر مع ذلك أنه جيد أو وسط، أو ردى، وأما إذا وقع الدعوى فى العين، فإن كان المدعى به منقولا وهو هالك، ففى الحقيقة الدعوى فى الدين، فيشترط بيان القدر والجنس والنوع والصفة، كما فى سائر الديون، هذا هو المذكور فى الكتب المشهورة.

١٦٧٢٦- قال رضى الله تعالى عنه: وكتبت فى الشهادات من هذا المجموع عن "فتاوى أبى الليث": أن من ادعى على آخر أنه استهلك دوابّا له عدداً معلومًا، وأقام على ذلك بينة، ينبغى للمدعى أن يبين الذكر أو الأنثى، وينبغى للشهود أيضًا أن يبينوا ذلك، وإن لم يبينوا ذلك.

قال الفقيه أبو بكر رضى الله عنه: أخاف أن يبطل الشهادة ولا يقضى للمدعى بشىء من دعواه، وإن يبينوا الذكور والإناث، جازت شهادتهم، ولا يحتاج إلى ذكر اللون؛ لأن باختلاف اللون لا تختلف المنافع، ولا يصير المشهود به مختلفًا، ولا كذلك الذكورة والأنوثة، قيل: اشتراط ذكر الذكورة والأنوثة فى هذه الصورة مستقيم خصوصًا على أصل أبى حنيفة؛ لأن القضاء بالقيمة عنده بناء على القضاء بملك المستهلك؛ لأن حق المالك باقٍ فى العين المستهلك على أصله، وإنما ينتقل الحق إلى القيمة بقبض القيمة، أو بقضاء القاضى بالقيمة حتى قال: يجوز الصلح عن العين

المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته، وإذا كان القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المستهلك لابد من بيان المستهلك فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى أنه بماذا يقضى، وهذا القائل يقول مع ذكر الأنوثة والذكورة لابد من ذكر النوع، بأن يقول: فرس أو حمار، أو ما أشبه ذلك، ولا يكتفى بذكر اسم الدابة؛ لأنها مجهولة النوع، ولا يحتاج إلى ذكر اللون كما فى الوكالة.

ومن المشايخ من أبى ذكر الأنوثة والذكورة، وقال: المقصود من دعوى الدابة المستهلكة القيمة، والمدعى والشهود لا يستغنون عن بيان القيمة والشهادة على القيمة مقبولة، وكذلك دعوى القيمة مسموع، فلا حاجة إلى بيان الذكورة والأنوثة، كما فى اللون، ألا ترى أن من ادعى على آخر مالا مقدرًا، وشهد الشهود له بذلك، فسألهم القاضى عن السبب، فقالوا: استهلك عليه دابة، فالقاضى يقبل ذلك منهم، وطريقه ما قلنا، وكذلك الرجلان إذا ادعيا نكاح امرأة ميتة، وأقاما البينة، فالقاضى يقضى لهما بالميراث، والقضاء بالنكاح لرجلين على امرأة واحدة متعذر، ولكن طريق القبول إن صح المقصود من دعوى النكاح بعد الموت دعوى الميراث، ولا تنافى فى الميراث، فيقضى لهما بالميراث لهذا، والأول أصح.

ووجه الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة دعوى النكاح أن دعوى النكاح من كل واحد من المدعيين صحيح، والشهادة من كل فريق من الشهود أيضًا صحيحة، إلا أن فى حالة الحياة لا يقضى بالنكاح؛ لأن المقصود من النكاح حالة الحياة الحل، وأنه لا يقبل الشركة، فلم يقض بالنكاح فى حالة الحياة لهذا المعنى، لا لخلل فى الدعوى والشهادة، أما بعد الموت المقصود هو الميراث والقضاء بالميراث لهما ممكن، فقضينا، أما فى مسألتنا الدعوى لم تصح، وكذلك الشهادة؛ لأن المدعى ادعى ملك المتلف، والشهود شهدوا بملك المتلف أيضًا، والقاضى يقضى بملك المتلف أولا ثم يقضى بالقيمة بنا على ذلك، والقضاء بالمجهول لا يصح، فلا يقضى، وفيما إذا ادعى مالا مقدرًا وشهد الشهود بذلك وبينوا السبب استهلاك الدابة يقول: بأن القاضى لا يقضى بشهادتهم إذا لم يبينوا النوع، ولم يبينوا الصفة الذكورة أو الأنوثة مع ذلك.

هذا إذا كان المدعى به منقولا، وهو هالك، فأما إذا كان المنقول قائمًا، فإن أمكن

إحضاره مجلس الحكم، فالقاضي لا يسمع دعوى المدعى، ولا شهادة شهوده إلا بعد إحضار ما وقع فيه الدعوى مجلس الحكم، حتى يشير إليه المدعى والشهود لتنقطع الشركة بين المدعى به وغيره من كل وجه، وهذا لأن إعلام المدعى به والمشهود به على وجه ينقطع الشركة بينه، وبين غيره من كل وجه شرط سماع الدعوى والبينة إذا أمكن الإعلام على هذا الوجه، والإعلام على هذا الوجه فى المنقول الذى يمكن إحضاره مجلس الحكم ممكن بإحضاره مجلس الحكم، فيشترط إحضاره.

قال شمس الأئمة الحلوانى: ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضى كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم، والقاضى فيه بالخيار، إن شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك، وإن كان لا يتهيّأ له الحضور، وكان مأذونًا بالاستخلاف يبعث خليفته إلى ذلك الموضع.

قال محمد: وهو نظير ما إذا كان القاضى يجلس فى داره ووقع الدعوى فى جمل ولا يسع باب داره، فإنه يخرج إلى باب داره، أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير إليه الشهود بحضرته، وفى القدورى: إذا كان المنقول المدعى به شيئًا يتعذر نقلها كالرحى فالحاكم بالخيار، إن شاء حضرها، وإن شاء بعث أمينًا.

١٦٧٢٧- وإن وقع الدعوى فى عين غائب لا يعرف مكانه، فإن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا أو جارية، لا يدرى أنه قائم أو هالك، فإن بين الجنس والصفة والقيمة، فدعواه مسموعة، وبينته مقبولة، وإن لم يبين القيمة أشار فى عامة الكتب إلى أنها مسموعة، فإنه ذكر فى كتاب الرهن: أنه إذا ادعى رجل على رجل أنه رهن عنده ثوبًا، وهو ينكر، قال: يسمع دعواه.

وقال فى كتاب الغصب: رجل ادعى على غيره أنه غصب منه جارية، وأقام بينة على ما ادعى يسمع دعواه، ويسمع بينته، بعض مشايخنا، قالوا: إنما يسمع دعواه إذا ذكر القيمة، وهذا القائل يقول: تأويل ما ذكر فى الكتاب هذا، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش يقول: تأويل ما ذكر فى الكتاب: أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب، فيثبت غصب الجارية بإقراره فى حق الحبس والقضاء جميعًا، قال شمس الأئمة الحلوانى: وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى صحيحة، والبينة مقبولة، ولكن

فى حق الحبس، وإطلاق محمد فى الكتاب يدل عليه، قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى: إذا كانت المسألة مختلفة، ينبغى للقاضى أن يكلف المدعى بيان القيمة، فإذا كلفه، ولم يبين يسمع دعواه، وهذا لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة فيه فقد أضر به، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه. وإذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط من الشهود من الطريق الأولى، وتمام المسألة مرت فى كتاب الغصب.

١٦٧٢٨- وإن وقع الدعوى فى العقار، فلابد من ذكر البلدة التى فيها الدار المدعى به، ثم من ذكر المحلة، ثم من ذكر السكة، يبدأ بالأعم وهو البلد، ثم بالأخص، وهذا فصل اختلف فيه أهل الشروط، قال بعضهم: يبدأ بالأعم، وقال بعضهم: بالأخص، وعند أهل العلم له الخيار، إن شاء بدأ بالأعم، وإن شاء بالأخص؛ لأن المقصود هو التعريف، والتعريف حاصل بالكل، ولابد من ذكر حدود الدار بعد هذا، قال جماعة من أهل الشروط: ينبغى أن يذكر فى الحدود لزيق دار فلان، ولا يذكر دار فلان؛ لأنه حينئذٍ يصير دار فلان مدعى به؛ لأن الحد يدخل فى المحدود، وعندنا كلا اللفظين على السواء، أيهما ذكر فهو حسن؛ لأن المقصود تعريف الدار المدعى به باتصالها بدار فلان، وإنه حاصل باللفظين جميعًا، وما يقول: بأن الحد يدخل فى المحدود ليس كذلك؛ لأن الحد غاية، والغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية.

وإن ذكر حدين، لا يكتفى فى ظاهر الرواية عند أصحابنا، وإن ذكر ثلاثة حدود كفاه، وكذلك فى الشهادة إذا ذكر الشهود ثلاثة حدود، قبلت شهادتهم، وكيف يحكم بالحد الرابع فى هذه الصورة. قال الخصاف رحمه الله فى وقفه: جعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهى إلى مبدأ الحد الأول، أى بإزاء الحد الأول.

١٦٧٢٩- وإذا ادعى على آخر مائة عدلية غصبًا، وهى منقطعة عن أيدى الناس يوم الدعوى، ينبغى أن يدعى قيمته، فالمغصوب إذاكان مثليّا، وقد انقطع عن أيدى الناس، يجب على الغاصب قيمته غير أن عند أبى حنيفة يعتبر القيمة يوم الدعوى والخصومة، وعند أبى يوسف: يوم الغصب، وعند محمد: يوم الانقطاع.

ولابد من بيان سبب وجوب الدراهم فى هذه الصورة؛ لأنها لو كانت ثمن بيع،

فبالانقطاع قبل القبض يفسد العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجب على المشترى رد المبيع إن كان قبض المبيع، والمبيع قائم على حاله في يده، وإن كان هالكًا أو مستهلكًا، وجب على المشترى ردّ المبيع إن لم يكن مثليّا، ورد مثله إن كان مثليّا، وإن كان بسبب القرض أو الغصب أو النكاح، فلابد من بيان سبب وجوبها، لينظر هل له ولاية دعوى القيمة؟

١٦٧٣٠- وإذا ادعى على غيره مقداراً معلومًا من العنب، فهذا على وجهين: إما أن يكون العنب المدعى به عينًا أو دينًا، فإن كان عينًا، فإنما يسمع الدعوى بحضرته عند الإشارة إليه، فلا يشترط بيان الصفة، والوزن، والنوع، وإن كان دينًا، فإن كان الدعوى فى أوانه، فلا بد من بيان المقدار، والنوع، والصفة، فيقول: اوندرى انگور علا فى اوندرى انگور طابعى لعل با طالعى سپد، أو ما أشبه ذلك ميانه يانبكو ما سعف، وإن كان بعد انقطاعه، فالقاضى يقول: ماذا تريد عين العنب فى الحال أو قيمته؟ فإن قال: عين العنب فالقاضى لا يسمع دعواه؛ لأنه إن كان ثمن مبيع يفسد البيع بانقطاعه قبل التسليم، ولا يبقى للبائع حق المطالبة بالعنب، بل يجب على المشترى رد المبيع إن كان قائمًا، و رد قيمته إن كان مستهلكًا، وإن كان دعوى العنب بسبب السلم أو القرض أو الاستهلاك، فبسبب الانقطاع إن كان لا يسقط ذلك عن ذمة من عليه، ولكن لا يطالبه صاحب الحق بعين العنب فى الحال لعجزه عن ذلك، بل يتخير إن شاء صبر حتى يدخل أوانه، ويطالبه بعين العنب، وإن شاء أخذ منه القيمة فى الحال، فإذا فى الأحوال كلها لا مطالبة للمدعى بعين العنب، فلا يستقيم منه دعوى عين العنب.

وإن قال: أريد القيمة، فالقاضى يأمره ببيان سبب وجوب العنب؛ لأن العنب إن كان ثمن مبيع ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ويسقط العنب عن ذمة المشترى، فكيف يطالبه بقيمة العنب، وإن كان بسبب السلم أو الاستهلاك أو القرض، فبالانقطاع لا يسقط ذلك عن ذمة المدعى عليه، فيستقيم المطالبة بقيمته فى الحال إذا كان لا ينتظر دخول أوانه.

قال مولانا رضى الله عنه: هذه الجملة مسموعة عن الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغينانى رحمه الله حكاها عن أستاذه قال رضى الله عنه: وما ذكر أن العنب لو

كان ثمن المبيع، فبالانقطاع قبل التسليم ينتقض العقد ولا يبقى للبائع حق المطالبة بتسليم عين العنب ليس بصحيح، فقد ذكر شيخ الإسلام خواهرزاده رحمه الله في شرح كتاب الصرف في حجج مسألة صورتها: رجل اشترى من آخر مائة فلس بدرهم، ونقد الدرهم، ولم يقبض شيئًا من الفلوس حتى كسدت الفلوس، فالقياس أن لا ينتقض العقد، ويتخير المشترى، إن شاء قبضها كذلك، وإن شاء فسخ العقد وأخذ الدراهم، وفى الاستحسان: ينتقض العقد، أن من اشترى من آخر شيئًا بقفيز رطب فى الذمة، ثم انقطع أوان الرطب أن العقد لا ينتقض، وذكر أيضًا: أن من اشترى شيئًا بقفيز رطب، والرطب منقطع عن أيدى الناس، يجوز، وهذا بخلاف ما لو اشترى شيئًا بدراهم أو فلوس، ثم انقطع الدراهم أو الفلوس من أيدى الناس قبل القبض حيث ينتقض البيع عند أبى حنيفة، وهو قول محمد على رواية كتاب الصرف؛ لأن فى الرطب العود ثابت من غير صنع من العباد، ولا كذلك فى الدراهم، وفى دعوى مال الإجارة المفسوخة بموت الآجر إذا كانت الأجرة دراهم أو عدالى ينبغى أن يذكر كذا دراهم كذا عدالى رائجة من وقت العقد إلى وقت الفسخ؛ لأنها إذا كسدت فيما بين ذلك تفسد الإجارة كبيع العين.

وإذا ادعى نوعين من العنب، بأن ادعى ألف من العنب العلالى والورجنى[١] الحلو الوسط، لابد وأن يقول من العلالى كذا والورجنى كذا؛ لأن بدون ذلك القاضى لا يدرى أنه بأى قدر يقضى من كل نوع.

ادعى على آخر مقدارًا من اللحم، بأن ادعى مثلا خمسة عشر منا خمسة أمنا لحم اليد، وخمسة أمنا لحم الرجل، وخمسة أمنا لحم الجنب، فلابد وأن يبين السبب؛ لأنه يجوز أن يدعى ذلك بسبب السلم، وفى صحة السلم فى اللحم خلاف معروف بين أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد، ويجوز أن يدعيه بسبب الاستهلاك، وفى استهلاك اللحم اختلاف بين المشايخ.

قال بعضهم: يوجب القيمة، وإليه أشار محمد فى بعض الكتب، وقال بعضهم: يوجب المثل، وإليه أشار فى بعض الكتب، فلهذا احتيج إلى بيان السبب فيه، فإن بيّن

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "ألف من من العنب العلالى وألف منّ من الحلوانى الوسط".

الثمنية بأن قال: بعت منه عرضًا بكذا وكذا منا من اللحم، وبيّن أوصافه وموضعه صح دعواه بناء على أن المكيل والموزون إذا قوبل بعرض واستعمل استعمال الثمن، فهو ثمن.

١٦٧٣١- وإذا ادعى على آخر أنه غصب منه كذا قفيز حنطة، وبيّن الشرائط لابد وأن يذكر مكان الغصب، وسيأتى ذلك بتمامه فى المحاضر.

١٦٧٣٢- ادعى على آخر أنه باع من فلان مائة من الشحم الأبيض بكذا، وسلم الشحم إليه، وقبض الثمن بتمامه، وأن الشحم المبيع كان مشتركًا بينى وبين البائع هذا، وأنى قد أجزت البيع حين وصل إلى خبر البيع، فواجب عليه تسليم نصف الثمن إليّ، فهذا الدعوى لايصح؛ لأنه لم يذكر فى الدعوى أن الشحم كان قائمًا فى يد المشترى وقت الإجازة، ولابد من ذلك؛ لأن بدون ذلك لا يعمل إجازة الشريك، ولأنه لم يذكر رواج الثمن وقت الإجازة، ولابد من ذلك، فإنه لو صار كاسدًا قبل الإجازة لا يعمل الإجازة، كما لا تجوز ابتداء البيع به.

وكذلك لو ذكر قيام الشحم ورواج الثمن وقت الإجازة للبيع إلا أنه لم يذكر فى دعواه قبض البائع الثمن من المشترى، لا يصح دعوى تسليم بعض الثمن؛ لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، ولو أذن له فى الابتداء بالبيع ما لم يقبض البائع من المشترى، لا يطالب البائع بتسليم الثمن إلى الشريك، فالوكيل بالبيع لا يطالب بتسليم الثمن قبل أخذ الثمن من المالك، كذا هذا.

١٦٧٣٣- ادعى على آخر[1] من كاك، فاعلم بأن دعوى الخبز لا يصح إلا بعد بيان السبب؛ لأن السلم فى الخبز لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، لا وزنًا ولا عددًا، وعند أبى يوسف: يجوز وزنًا، وفى الاستقراض خلاف أيضًا على قول أبى حنيفة: لا يجوز لا عددًا ولا وزنًا، وقال محمد: يجوز عددًا، وقال أبو يوسف: يجوز وزنًا لا عددًا، وبالاستهلاك يجب قيمة الخبز لا عين الخبز، فلابد من بيان السبب، فإن بيّن أنه من ثمن المبيع يصح الدعوى، ولكن ينبغى أن يذكر فى الدعوى الكعك المتخذ من الدقيق المغسول أو غير المغسول، وكذا ينبغى أن يذكر أنه أبيض أو وجهه ملطخ

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "على آخر منّا من كعك".

بالزعفران، وكذا ينبغي أن يذكر أن على وجهه سمسم أبيض أو أسود.

١٦٧٣٤- وإذا ادعى ديباجًا على إنسان، ولم يذكر وزنه، فإن كان الديباج عينًا يشترط إحضاره، والإشارة إليه، وعند ذلك لا حاجة إلى بيان الوزن وسائر أوصافه، وإن كان دينًا بأن كان مسلمًا فيه، اختلف المشايخ فى أنه هل يشترط ذكر الوزن لصحة الدعوى؟ عامتهم على أنه يشترط، وهو الصحيح، وفى دعوى القطن لابد وأن يبين القطن البخارى أو الشاشى؟ لأن القطن البخارى يتفاوت فى نفسه بتفاوت المواضع، ويبين أنه يحصل من كذا منٍّ من المحلوج هكذا قيل، وقيل: هذا ليس بشرط، وهو الصحيح، ولو ذكر فى السلم أنه يحصل من كل أربعة أمناء، أو ثلاثة أمناء منا من المحلوج يفسد السلم.

وقع الدعوى فى خباء فى الذمة مهرا فارسيته هزكاه، فأفتوا بالصحة، وإنه ظاهر، إذ ليس فيه أكثر من الجهالة، والجهالة فى باب المهر لا يمنع الوجوب فى الذمة، وقد نص محمد فى النكاح إذا تزوج امرأة على بيت فلها جهاز بيت وسط مما يجهز به النساء، قالوا: وهذا هو المتعارف فيما بين أهل الأمصار فى تلك الديار، فإنهم يعنون بذلك الفرش، وفى البادية يتعارفون بيت الشعر. وفى دعوى الغصب وأشباهه إن كان الدعوى بسبب الاستهلاك أو القرض أو بسبب الثمنية لا يحتاج إلى الإحضار.

ادعى قدرًا من التوتيا ينبغى أن يذكر فى دعواه كوفته يا ناكوفته، وبدونه لا يصح الدعوى لمكان الجهالة.

١٦٧٣٥- وإذا ادعى على آخر كذا عددًا من الإبرة، فإن وقع الدعوى فى العين، فلابد من الإحضار للإشارة إليها، وعند ذلك لا يحتاج إلى بيان الأوصاف، وإن وقع الدعوى فى الدين فلابد من بيان السبب لصحة الدعوى؛ لأنه لا تجب فى الذمة بالاستهلاك؛ لأنها مضمونة بالقيمة، لا بالمثل، وكذلك لا يجب فى الذمة بالقرض؛ لأن استقراضه لا يجوز؛ لأنه ليس من ذوى المثل، ويجب فى الذمة بطريق السلم، وثمن المبيع، فلهذا احتيج إلى بيان السبب، فإن بيّن سببية السلم، أو ثمن المبيع يحتاج فيه إلى بيان النوع والصفة على وجه يخرج عن حد الجهالة ليصح الدعوى.

١٦٧٣٦- وإذا ادعى وَقْرَ رُمّان، أو وقر سفرجل لابد أن يذكر الوزن؛ لأن الوقر

يتفاوت، ويذكر مع ذلك الصغر والكبر، ويذكر الحلاوة والحموضة، ثم يؤمر بالإحضار، فإذا أحضر وأقر المدعى أن المحضَر جميع المدعى به الآن يدعى الملك، هكذا قيل، وينبغى أن لا يشترط ذكر هذه الأوصاف فى دعوى الإحضار، وقد مرّ جنس هذا.

١٦٧٣٧- ادعى طاحونة فى يدى رجل، وبيّن حدود طاحونة، وذكر الأدوات القائمة فى الطاحونة، إلا أنه لم يسم الأدوات، ولم يذكر كيفيتها، فقد قيل: لا يصح الدعوى، وقد قيل: تصح إذا ذكر جميع ما فيها من الأدوات القائمة، وهو الأصح.

١٦٧٣٨- باع دار غيره، وسلمها إلى المشترى، فجاء المالك، وادعى الدار على البائع، هل تصح الدعوى؟ ينظر إن أراد أخذ الدار لا يصح؛ لأن الدار ليست فى يده، وإن أراد التضمين بالغصب، فعلى الخلاف المعروف أن الغصب فى العقار، هل يتحقق موجبًا للضمان، وفى وجوب الضمان بالبيع والتسليم روايتان عن أبى حنيفة، وإن أراد إجازة البيع، وأخذ الثمن، يصح دعواه.

١٦٧٣٩- ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى، وقال: كان لى فى حائط هذا الذى أحضرته فى موضع كذا خشبة، فوقع أو قال: قلعتها لا عمل غيرها، وقد منعنى صاحب الحائط هذا، وهو حق لى فى هذا الحائط، لابد وأن يذكر أن له حق وضع الخشبة أو الخشبتين، وما أشبه ذلك، وبيّن موضع الخشبة وغلظها.

١٦٧٤٠- وكذا إذا ادعى مسيل ماء فى دار رجل، لابد وأن يبيّن مسيل ماء المطر أو ماء الوضوء؛ لأن هذا مما يتفاوت؛ لأن المطر لا يكون أدوم، ويكون أكثر، وماء الوضوء والغسالات يكون أدوم، ويكون أقل، وينبغى أن يبين موضع مسيل الماء أنه فى مقدّم البيت أو فى مؤخر، وكذا إذا ادعى طريقا فى دار رجل ينبغى أن يبين مقدار عرضه وطوله، ويبين موضعه فى الدار، هكذا ذكر الخصاف فى "أدب القاضى".

١٦٧٤١- وذكر فى دعوى الأصل: إذا ادعى مسيل ماء فى دار رجل، أو ادعى طريقا فى دار رجل، وشهد الشهود أن له مسيل ماء فى هذه الدار، أو له طريق فى هذه الدار، وقع فى بعض النسخ أنه يقبل البينة، وإن لم يبينوا، ووقع فى بعضها أنه لا تقبل البينة ما لم يبينوا.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى ما وقع فى بعض النسخ: إنه يقبل البينة محمول على ما إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار؛ لأن جهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار، وما وقع فى بعض النسخ أنه لا يقبل البينة محمول على ما إذا شهدوا على نفس المسيل، والطريق لا على إقرار المدعى عليه، وستأتى هذه المسائل فى فصل على حدة -إن شاء الله تعالى-.

١٦٧٤٢- وإذا ادعى على آخر أنه شق فى أرضه نهرًا، أو ساق الماء فيه إلى أرضه، لابد من أن يسمى الأرض التى شق فيها النهر، ويبين موضع النهر أن هذا النهر من الجانب الأيمن من هذه الأرض، أو من الجانب الأيسر، ويبين قدر طول النهر وعرضه.

١٦٧٤٣- وإذا ادعى على آخر ثلاثة أسهم من عشرة أسهم من دار، وقال: هذه الأسهم الثلاثة من العشرة الأسهم من الدار المحدودة ملكى وحقى، وفى يد هذا المدعى عليه بغير حق، ولم يذكر أن جميع هذه الدار فى يده، وكذلك لم يشهد الشهود أن جميع هذه الدار فى يد هذا المدعى عليه، فهذا الدعوى صحيح، وهذ الشهادة مقبولة، ادعى مالا معلومًا على غيره، وقال فى دعواه: مرا از فلان آوندى مالى مى بايد گرفت[1] بسبب حسابى كه ميان من واوبود، فهذا الدعوى بهذا السبب لا يصح؛ لأن هذا السبب لا يصح سببًا لوجوب المال.

١٦٧٤٤- سئل القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى عمن ادعى على آخر عينًا فى يده، وقال: كان هذا ملك أبى مات وتركه ميراثًا لى ولفلان، وسمّى عدد الورثة إلا أنه لم يبين حصة نفسه، فهذا الدعوى صحيح منه، وإذا أقام البينة على دعواه، سمعت بينته، ولكن إذا آل الأمر إلى المطالبة بالتسليم لابد وأن يبين حصته؛ لأنه لايملك المطالبة بالتسليم إلا بقدر حصته، فيبين حصته عند ذلك، ولوكان بين حصته ولم يبين عدد الورثة، بأن قال: مات أبى وترك هذا العين ميراثًا لى ولجماعة سواى، وحصتى منه كذا، وطالبه بتسليم ذلك، لا يصح منه الدعوى، ولابد من بيان عدد الورثة، لجواز أنه لو بيّن كان نصيبه أنقص مما سمى.

---

(١) وفى: "ازيدے مالى من بايد گرفت".

١٦٧٤٥- عبد باع عينًا من الأعيان بحضرة المولى، ثم إن المولى ادعى ذلك العين لنفسه، فإن كان العبد مأذونًا، لا يصح دعوى المولى، وإن كان محجورًا يصح دعواه.

فإن قيل: أليس أن المولى صار آذنا له لما رآه أنه باع ولم ينهَه.

قلنا: نعم، ولكن أثر الإذن إنما يظهر فى المستقبل، لا فى التصرف المباشر، عُرف ذلك فى كتاب المأذون الكبير.

١٦٧٤٦- رجل ادعى على رجل أنه باع عبدًا مشتركًا بينه وبينى من فلان بكذا، وسلم العبد، وطالبه بأداء نصف الثمن، فالقاضى يسأل المدعى أن العبد كان مشتركًا بينكما شركة ملك أو شركة عقد مفاوضة أو عنانًا، إن قال: شركة ملك لابد لصحة الدعوى من أن يقول فى الدعوى: إن العبد قائم فى يد المشترى وقت طلب الثمن الذى هو دليل الإجازة؛ لأن العقد فى نصيبه إنما ينفذ وقت الإجازة، وإنما ينفذ إذا كان محله قائمًا فى هذه الحالة، ولابد من ذكر قبض البائع الثمن؛ ليصح مطالبته إياه بأداء نصف الثمن، وإن قال شركة عقد لا حاجة إلى ذكر قيام العبد وقت طلب الثمن[1]؛ لأن العقد قد نفذ فى النصيبين حال وجوده، ولكن بشرط ذكر قبض الثمن ليصح مطالبته بأداء نصف الثمن.

١٦٧٤٧- رجل ادعى على غيره أن وصيىّ باع من أقمشتى منك كذا كذا فى حال صغرى بكذا وكذا، وإنه قد مات قبل استيفاء شىء من الثمن، فادفع إلىّ ثمن أقمشتى، فقد قيل: لا يصح هذا الدعوى؛ لأن بعد موت الوصى حق قبض ثمن ما باع الوصى يكون لوارثه أو لوصيه، فإن لم يكن له وصى أو وارث فالقاضى ينصب له وصيًا.

قال رضى الله عنه: وعلى قول من يقول من المشايخ: فى الوكيل بالبيع إذا مات قبل قبض الثمن، فحق القبض ينتقل إلى الموكل، ينبغى أن يقال ههنا: حق القبض ينتقل إلى الصبى بعد بلوغ الصبى، ويصح الدعوى.

١٦٧٤٨- وفى الأقضية لأهل الكوفة: رجل ادعى على رجل أنه أمر فلانًا، فأخذ منه كذا كذا من المال، فإن كان المدعى عليه الآمر سلطانًا، فالدعوى عليه

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "العين".

مسموعة، وإن لم يكن سلطانًا، فالدعوى عليه غير مسموعة، ووجه ذلك أن أمر السلطان إكراه؛ لأن المأمور يعلم أنه لو لم يمتثل أمره يعاقبه السلطان، هذا هو عادة السلاطين، والثابت من طريق العادة كالثابت نصًا، ولو هدده السلطان بالعقوبة على أن يأخذ مال الغير أو يتلفه، ففعل كان الضمان على السلطان دون المأمور، كذا ههنا.

وإذا كان الضمان في هذه الصورة على السلطان كان الدعوى عليه صحيحًا، فأما غير السلطان فليس بإكراه؛ لأنه لا يعاقب المأمور لم يمتثله، فكان مجرد أمر، وإنه لم يصح؛ لأنه لم يملك أخذ مال الغير وإتلافه، والأمر بما لا يملكه الآمر لغو، فخرج الأمر من البين، وبقي الفعل مقصورا على المأمور، فكان الضمان عليه دون الآمر، فلا يصح دعوى الضمان على الآمر، وإن كان ادعى الضمان على المأمور، بأن ادعى على رجل أن فلانًا أمرك، وأخذت من مالي كذا وكذا، فإن كان الآمر سلطانًا، فدعوى الضمان على المأمور لا يصح، وإن لم يكن سلطانًا، فدعوى الضمان عليه صحيح، وهو بناء على ما قلنا.

١٦٧٤٩- رجل ادعى دارًا في يد رجل من تركة والده، أنه اشتراها من والده في مرضه، وأنكر باقي الورثة ذلك، فقد قيل: لا يصح هذا الدعوى؛ لأن المرض قد يكون مرض موت، وقد يكون غير مرض موت، وبيع المريض مرض الموت من وارثه وصية له بالعين عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى قال: بيعه من الوارث لا يجوز، وإن كان بمثل القيمة إلا بإجازة باقي الورثة، وكان هذا دعوى الوصية على أحد التقديرين، فلا يصح بالشك، وقيل: ينبغي أن يصح الدعوى؛ لأن تصرف المريض مع وارثه ينعقد بوصف الصحة حتى لو أجاز بقية الورثة ذلك ينفذ، وإن لم يجيزوا يبطل، فالبطلان يعارض عدم الإجازة بشرط أن يكون المرض مرض الموت، فما لم يعلم أن هذا المرض مرض الموت كان للتصرف فيه حكم الصحة، فيكون الدعوى صحيحًا.

١٦٧٥٠- رجل باع عقارًا وابنه أو امرأته أو بعض أقاربه حاضر يعلم به، ووقع التقابض بينهما، وتصرف المشتري زمانًا، ثم إن الحاضر عند البيع ادعى على المشتري أنه ملكه، ولم يكن ملك البائع وقت البيع، اتفق المتأخرون من مشايخ سمرقند على أنه لا يصح هذا الدعوى، ويجعل سكوته كالإفصاح بالإقرار أنه ملك البائع، ومشايخ بخارى

أفتوا بصحة هذا الدعوى.

قال الصدر الشهيد في "واقعاته": إن نظر المفتي في المدعى، وأفتى بما هو الأحوط، كان أحسن، وإن لم يمكنه ذلك يفتي بقول مشايخ بخاري، فإن كان الحاضر عند البيع، جاء إلى المشتري، وتقاضاه الثمن بأن بعثه البائع إليه، لا يسمع دعواه بعد ذلك الملك لنفسه، ويصير مجيزاً للبيع بتقاضي الثمن، فلا يصح دعواه بعد ذلك الملك لنفسه.

١٦٧٥١- وفي "فتاوى الفضلي": سئل عمّن ادعى على آخر أربعين فصيلا في بطون أمهاتها غير مولود، قال: لا يسمع دعواه إلا أن يدعي إقرار المدعى عليه بذلك، ويقيم البينة على إقراره، وهذا إشارة إلى أن دعوى الملك بسبب الإقرار صحيح، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه، ومسائل الكتب فيها معارضة، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

١٦٧٥٢- ادعى على آخر ألف درهم ثمن عبد اشتراه منه، وقبضه صح الدعوى، وإن لم يعين العبد، ولم يبين صفته؛ لأن هذا في الحقيقة دعوى الدين لما كان العبد مقبوضًا.

١٦٧٥٣- دار في يدي رجل ادعاها رجل، فأقام صاحب اليد بينة على المدعى أني اشتريت هذه الدار من وصيك في حال صغرك بكذا، إلا أنه لم يسم الوصي، وأقام على ذلك بينة، فهل يسمع دعواه وبينته؟ اختلف المشايخ فيه، وكذلك إن ادعى أن فلانًا باع هذه الدار مني باطلاع القاضي في حال صغرك، ولم يسم القاضي، وأقام على ذلك بينة، هل تصح دعواه؟ وهل تسمع بينته؟ واختلف المشايخ فيه.

وعلى هذا إذا شهد الشهود على الوقف، وتسليم الواقف إياه إلى المتولي، إلا أنهم لم يسموا الواقف، أو سموا الواقف دون المتولي، ففيه اختلاف المشايخ، والحاصل إن في دعوى الفعل والشهادة على الفعل، هل يشترط تسمية الفاعل؟ ففيه اختلاف المشايخ، وأدلة الكتب فيه متعارضة، ذكر الخصاف في "كتاب أدب القاضي" في باب الشهادة على الحقوق، وأنه إذا شهد شاهدان على رجل لرجل أن قاضيًا من القضاة قضى لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم، أو شهد شاهدان أن قاضي الكوفة قضى

لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم، فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة حتى سمّوا القاضى الذى قضى به، وينسبوه.

قال ثمة: وليس هذا فى هذا الموضع وحده بل الحكم فى جميع الأفاعيل هذا، فإذا شهد الشهود على فعل لابد وأن يسموا الفاعل وينسبوه، ولو لم يسموا لا تقبل شهادتهم، وذكر محمد فى كتاب الحدودو إذا أقام المدعى عليه بينة أن شهود المدعى محدودون فى قذف، لابد وأن يسموا من حدهم، فهذه المسائل دليل على أن تسمية الفاعل شرط.

١٦٧٥٤- وذكر محمد فى "الزيادات": إذا ادعى على رجل أنه وارث فلان الميت، وأن قاضى بلد كذا قضى بوراثته، وجاء بشاهدين يشهدان أن قاضى بلد كذا أشهدنا على قضاءه، أن هذا الرجل وارث فلان الميت، لا وارث له غيره، فالقاضى يجعله وارثًا، ولم يشترط تسمية ذلك القاضى، وذكر فى دعوى الأصل فى آخر باب دعوى النكاح[1]: إذا ادعى رجل أمة فى يدى رجل، وجاء بشهود شهدوا عند القاضى أن قاضى بلد كذا قضى بهذه الأمة لى، صح دعواه، ولم يشترط تسمية القاضى، وذكر فى إقرار "المنتقى": رجل ادعى دارًا فى يدى رجل أنها لى، اشتريتها من وكيلك بألف درهم، ولم يسم الوكيل، وشهد له الشهود على الشراء، ولم يسموا الوكيل، تسمع دعواه، وشهادة شهوده، وذكر الصدر الشهيد فى "واقعاته" فى باب الوقف بعلامة السين إذا كتب صك الوصاية، أو صك التولية، ولم يذكر فيه جهة الوصاية والتولية، لايصح الصك؛ لأن الوصى قد يكون من جهة القاضى، وقد يكون من جهة الأب، وأحكامهما مختلفة، وكذلك المتولى قد يكون من جهة القاضى، وقد يكون من جهة الواقف وأحكامهما مختلفة، وإن كتب أنه وصى من جهة الحاكم، أو أنه متولى من جهة الحاكم، ولم يسم الحاكم الذى نصبه، ولا الذى ولاّه جاز، قال رحمه الله ثمة: وعلى هذا القياس إذا احتيج إلى كتابة القضاء فى المجتهدات كالوقف وإجارة المشاع ونحوه كتب، وقضى قاضٍ من قضاة المسلمين بصحته وجوازه، يجوز ذلك وإن لم يسم ذلك القاضى، فهذه المسائل كلها تدل على أن تسمية الفاعل ليس بشرط لصحة الدعوى

---

(١) وفى م: "دعوى النتاج".

والشهادة، فتأمل عند الفتوى.

وفى دعوى السعاية لا يشترط ذكر قابض المال ونسبه؛ لأن وجوب الضمان على الساعى بصنعه، ولا تعلق له بالقابض والآخذ، وفى دعوى المال فى الإجارة المفسوحة لايشترط ذكر حدود المستأجر.

١٦٧٥٥- ادعى على آخر عشرة دراهم ثمن مبيع مقبوض، ولم يبين المبيع أنه ما هو؟ فقد قيل: لا يصح الدعوى؛ لأنه يحتمل أن يكون المبيع خمرًا أو ميتة وبيعهما لا يوجب الثمن على المشترى فيما بين المسلمين، وقد قيل: يصح الدعوى، وهو الأصح؛ لأن بيع الخمور والميتات لا يجرى بين المسلمين على ما عليه ظاهر حالهم، والبناء على الظاهر واجب حتى يقوم الدليل على خلافه، وفى دعوى قيمة الأعيان لابد من بيان الأعيان؛ لأن الإنسان قد يظن عينًا أنه من ذوات القيم، ويكون فى الحقيقة مثليًا إذا قال: مرا ده دينار وزيد مى بايد نمى دانم كه از زيد مى بايد يا از جعفر با زهر يكى إذ ايشان را دعوى مى كند بر تعيين در مجلس ديگر، يصح دعواه؛ لأنه قد يشتبه على الإنسان ذلك، ثم يزول الاشتباه بالتفكر.

١٦٧٥٦- ذكر محمد فى كتاب الدعوى: وإذا كان الحائط بين رجلين، فادعى رجل على أحدهما أنه أقر أن الحائط له، وأقام على ذلك بينة، قضى بنصيبه لا غير؛ لأنه ثبت إقراره بالبينة، وإقرار أحد الشريكين فى نصيبه صحيح، وهذه المسألة تصير رواية فى فصل اختلف المشايخ فيه أن من ادعى عينًا فى يد إنسان أنه له لما أن صاحب اليد أقر به لى، أو ادعى عليه دراهم، وقال فى دعواه: لى عليه كذا من الدراهم لما أنه أقر بها لى أو قال: ابتداءً أن هذا الرجل أقر أن هذا العين لى، أو قال: أقر أن لى عليه كذا من الدراهم هل يصح هذا الدعوى.

بعض مشايخنا قالوا: يصح، وفى بعض الكتب أشار إلى هذا من جملة ذلك هذه المسألة، ألا ترى أن محمدًا سمع الدعوى وسمع البينة فى هذه المسألة، وقد ادعى المدعى إقرار المدعى عليه، وعامتهم على أن هذه الدعوى لا تصح، ولا تسمع هذه البينة؛ لأن نفس الإقرار لا يصلح سببًا لاستحقاق المدعى به، فإن بالإقرار كاذبًا لا يثبت الاستحقاق للمقر له، فقد أضاف الدعوى إلى ما لا يصلح سببًا للاستحقاق، فلا

يصح.

وأجمعوا على أنه لو قال: هذا العين ملكي، وهكذا أقر به صاحب اليد، أو قال: لى عليه كذا، وهكذا أقر به المدعى عليه أنه يصح الدعوى، ويسمع البينة على إقراره، ولو قال في الدعوى: إن صاحب اليد قال: هذا العين لك، وجعلت هذا العين لك، يسمع ذلك منه؛ لأن هذه دعوى الهبة، والهبة سبب الملك، ودعوى الملك مضافا إلى سببه صحيح، أما الإقرار لا يصح سببًا للملك، ودعوى الملك مضافا إلى ما لا يصلح سببًا له لا يصح.

وكذلك اختلف المشايخ فى دعوى الإقرار فى طرف الدفع أنه هل يصح؟ بعضهم قالوا: لا يصح كما فى طرف الاستحقاق، وعامتهم على أنه يصح دعوى الإقرار فى طرف الدفع، وقد ذكر محمد رحمه الله فى الكتب مسائل تدل على ذلك، فمن جملته ما ذكر ابن رستم فى نوادره عن محمد.

وصورتها: رجل ادعى فى يدى رجل دارًا أو متاعًا، وأقام البينة عند القاضى، وقضى القاضى له بذلك، فلم يقبضه حتى أقام ذو اليد بينة على المدعى أنه أقر أنه لا حق له فيه، قال: إن شهدت شهوده على إقرار المدعى بذلك قبل قضاء القاضى، بطلت شهادة شهود المدعى، وذكر فى كتاب الوكالة فى الوكيل بالخصومة فى الدار إذا أقام بينة على أن الدار ملك موكله، وأقام المدعى عليه بينة على إقرار الوكيل أن الدار ليست لموكله، بطلت بينة الوكيل.

١٦٧٥٧- وذكر فى آخر "الجامع": رجل ادعى دارًا فى يدى رجل ميراثًا عن أبيه، وأقام على ذلك بينة، وأقام الذى فى يديه بينة أن أب المدعى أقر فى حال حياته أن الدار ليست له، أو أقام بينة على إقرار المدعى أنها ليست له، بطلت بينة المدعى، وذكر بعض مشايخنا فى تعليل هذه المسألة لو كان الميت حيًا، وأقام بينة على الذى الدار فى يديه أن الدار داره، وأقام ذو اليد بينة على إقرار المدعى أنها ليست له، بطلت بينة المدعى.

وفى دعوى "المنتقى": أن من ادعى على آخر عينًا فى يده أن هذا العين ملكه، وأن صاحب اليد غصبه، وأقام البينة على ذلك، وأقام الغاصب بينة أن المالك أقر أن هذا

العين لى، قبلت بينته، وأقررت[1] الغصب فى يديه، وهذا بطريق الدفع، ودعوى الإقرار بطريق الدفع مسموع.

١٦٧٥٨- وفى دعوى الدين إذا قال المدعى عليه: إن المدعى أقر باستيفاء هذا المال منه، وأقام البينة عليه، فقد قيل: إنه لا يسمع بينته؛ لأن هذا دعوى الإقرار فى طرف[2] الاستحقاق؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيصير المقبوض مضمونًا على القابض دينًا للدافع على ما عرف، ففى الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه، وكان هذا دعوى الإقرار فى طرف[3] الاستحقاق من حيث المعنى -والله أعلم-.

(١) وفى ف: "وأقرّ رب الغصب".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "طريق".

(٣) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "طريق".

فهرس المحتويات

***